BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1016

(Ano XIII)

(26/05/2021)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2021

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.*

MARCELO FERNANDO BORSIO *(MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.*

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO *(MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.*

RODRIGO LARIZZATTI *(DF/Argentina)**:** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.*

MARCELO FERREIRA DE SOUZA *(RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.*

KIYOSHI HARADA *(SP)**:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.*

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO *(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.*

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.*

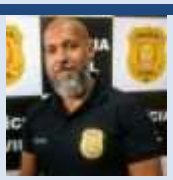
País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Que tiro foi esse?
Ricardo Nogueira Viana

ARTIGOS

Reflexões e Controvérsias a respeito do Regime de Previdência Complementar e das Entidades Fechadas de Previdência Complementar dos servidores da União
Stênio Leão Guimarães, 10.

A atuação do juiz pautada nos princípios constitucionais: a quebra da imparcialidade
Railane de Moura Cavalcante e Nathalia Brito de Melo, 30.

A Inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para maiores de 70 anos
Marcus Vinicius Pereira dos Reis, 56.

A legalidade e a possibilidade da união poliafetiva face as suas dificuldades para ser reconhecida como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro
Andrews Barbosa Valente, 82.

A Lei 13.245/2016: caráter inquisitivo do inquérito policial
Jader Carlos Santos Silva, 96.

O direito digital como instrumento para o combate dos crimes cibernéticos
Eldinei da Silva Carneiro Neto, 111.

A instrumentalidade da lei das interceptações telefônicas e a proteção ao direito fundamental à intimidade
Evandro Larroque Pereira Junior, 138.

Esquizofrenia transtorno mental compatível com a inimputabilidade penal
Michael Jaques da Costa Izel, 151.

Breve análise dos crimes contra a vida
Leonardo Duarte de Souza, 165.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os reflexos da Lei 14.034/20 na resolução de conflitos relacionados ao cancelamento de passagens aéreas na pandemia do covid-19
Altieres Ribeiro Miranda, 181.

A violação dos direitos humanos na abordagem policial
Sara Bruna Silveira Carneiro, 191.

Assassino em série e a imputabilidade: uma visão acerca da legislação brasileira
Valéria Batista de Castro Souza e Carla Alexandra Buzar Machado Paz da Silva, 207.

O artigo 316 do Código de Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência brasileira sobre a prisão preventiva
Gabriela de Castro Ianni, 227

Os elementos caracterizadores da justa causa e a hipótese de cessação do contrato de trabalho por desídia
Cassiano Baptista Mattosinho, 263.

Abuso de autoridade em abordagem policial: um grito por justiça diante de prisões indevidas
Ana Clara de Jesus Barbosa Farias, 276.

Ativismo judicial e sua expansão de poder
Gustavo Oliveira de Souza, 291.

Violação ao direito à educação infantil: um paralelo entre direito, demanda e possibilidades de oferta à educação infantil no Município de Tiradentes – MG
Raíssa Cristina Arantes, 304.

Da punibilidade e da aplicação da medida de segurança aos psicopatas criminosos no sistema penal brasileiro
Camila Caroline Viana John, 321.

Similaridade jurídica entre a guarda de animais e a guarda de crianças
Jarlene Barros Neves, 342.

Os desafios da concessão da aposentadoria especial para o servidor com deficiência no regime próprio de previdência da União
Stênio Leão Guimarães, 357.

Perspectivas e desafios sobre o futuro do Direito Penal brasileiro
Márcio Barsanulfo da Silva, 378.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor em decorrência de publicidade enganosa por omissão nos produtos anunciados
Gabriele Bezerra Miranda e Emanuel Messias Soares Reis, 408.

Feminicídio: aspectos psicológicos e jurídicos na compreensão da violência contra a mulher
Luzia Araújo Maracaipe, 423.

Abuso infantil intrafamiliar: aumento de casos durante a pandemia
Roberts Fabiano Dantas Bessa, 439.

Análise sobre a incidência ou não de IPTU sobre imóvel inserido em Estação Ecológica
Kamila Miranda Sena, 456.

Avanços e importância da Lei nº 12.318/2010 no combate à alienação parental ao longo de uma década
Brenda Karoline Silva de Sousa e Kethleen Huanna da Silva Matos, 469.

Nova lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)
Erick Edelman dos Santos, 494.

Publicidade e marketing para advogados: uma comparação crítica entre os códigos de ética do Brasil e dos Estados Unidos da América.
Ana Carla Melo Araújo, 508

Juiz das garantias: o resgate da imparcialidade no processo penal
Diego Rimisck de Oliveira, 527.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

QUE TIRO FOI ESSE?

RICARDO NOGUEIRA VIANA: Delegado de Polícia. Pós graduado em direito penal e processual. Bacharel em Educação Física UNB e Direito UniCEUB. Delegado Chefe 6ª DP/PCDF. Professor de TIP/DPP – ESPC/DF. Professor de Judô.

Na manhã do dia 06 de maio, policiais civis do Rio de Janeiro entraram no morro do jacarezinho, zona norte do Rio, com o intuito de cumprir mandados de buscas e prisões. Uma das maiores favelas cariocas, subjugadas pelo tráfico e o estado, quando lá chegou, dezenas de baixa, tanto das forças de segurança como da comunidade.

Jacarezinho, 37 mil habitantes, considerada uma das favelas mais negras do Brasil, vive sob o jugo da facção Comando Vermelho. Sim, há uma facção lá, que comanda, impõe o medo, comercializa drogas e subjuga pessoas, pois o Estado não consegue suprir as necessidades daquela população, a qual em sua maioria, trabalha, sonha e tem o direito de melhores condições de vida.

Em outro viés, o Estado, representado pela polícia, através de uma operação planejada, adentrou em um lugar hostil, imprevisível, no qual um policial foi abatido. As mortes foram necessárias? A polícia errou? foi arbitrária? A operação mais sangrenta do Rio de Janeiro? Muitos já opinaram! "Especialistas" ou palpiteiros das mais diversas áreas indigitaram e julgaram o Estado como culpado. Não ouso me pronunciar sob o acontecido, pois lá não estava, mas a polícia carioca tem atributos para planejar e adentrar em cenários sensíveis e beligerantes.

Uma coisa é fato. Essa violência não vai parar, pois quando se fala em polícia, população, facção e morte, induz-se ao termo consequência. Não se pode tentar falar em diminuição de índices, sensação de segurança, paz social, pensando só em polícia, coerção e imperatividade da administração pública. Agindo assim, estamos atirando apenas na consequência e tangenciando as causas. A violência não é um problema só policial, mas desemboca na segurança pública. Ao comparar com uma partida de futebol, quanto menos aparece o árbitro, é porque o jogo transcorreu sem violência e por consequência, houve uma boa partida. Em contrapartida, no Estado em que o assunto é a polícia, a violência prepondera e o povo sobrevive.

No ano de 2008, o Rio de Janeiro lançou a política das UPPS – Unidades de Polícia Pacificadora – a qual foi inserida no seio das comunidades violentas com o fito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de desarticular as associações criminosas que ali agiam. Rememoro a espetacularização fomentada diante da instalação da célula do Complexo do Alemão. Escroques corriam, a mídia filmava e o povo comemorava. Cheguei a imaginar que após aquela fuga, os egressos da comunidade estariam tirando suas carteiras de trabalho ou estudando para concursos. No ano seguinte, assisti a uma palestra do então Secretário de Segurança do Rio, após a instalação das 38 fases do projeto. Bradava o representante da segurança que chegou a ser cotado, á época, para ocupar a cadeira do chefe do executivo: - "não podemos ficar só, necessitamos de atuação conjunta de outros órgãos".

Isso não aconteceu, as UPPS tiveram a sua epopeia, mas naufragaram. A voz de Beltrame quedou-se inerte, ou seja, a polícia não conseguiu agir sozinha, sem políticas públicas que caminhassem paralelamente. O Estado do Rio e a União têm que reconhecer que chafurdaram e várias gerações se perderam. As instituições encontram-se incrédulas, sem respaldo social, impregnada por corruptos, isto é, um Estado em que em um retrospecto não muito distante, teve um governador impedido, dois pretéritos que experimentaram o cárcere e a cúpula da assembleia legislativa e do tribunal de contas estadual seguiram pelo mesmo atalho. Não só o Rio, mas o Brasil deve clamar por uma educação de qualidade das próximas gerações, propiciando a todos, saúde, saneamento básico, junto a uma polícia de qualidade, com salários dignos e atraentes para bons profissionais. Não é justo e prudente tratar o povo das favelas como indignos. Jacarezinho, local que nos abrilhantou com o Rumba Gabriel e o craque e hoje senador Romário, é palco deste sistema que aliena, discrimina e pune sumariamente os pobres e negros que foram colocados compulsoriamente às margens.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

REFLEXÕES E CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES DA UNIÃO.

STÊNIO LEÃO GUIMARÃES: Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal de Sergipe UFS, Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal no Centro Universitário UNINTER, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá UNESA. Especializando em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Renato Saraiva e Tecnólogo em Gestão Pública, graduado no Centro Universitário UNINTER

RESUMO: A previdência complementar nos últimos anos vem obtendo cada vez mais relevância na seguridade social brasileira. Inspirada no modelo norte-americano, a previdência complementar se propõe a garantir sustentabilidade ao regime de benefícios. A possibilidade de instituição de uma entidade fechada de previdência complementar – EFPC ao servidor federal de cargo efetivo surgiu na EC nº 20/98 e fora efetivada através da Funpresp-Exe e Funpresp-Jud. A criação das EFPC possibilitou a limitação dos benefícios do RPPS - Regime Próprio de Previdência da União ao mesmo patamar do teto de benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (Regime de Previdência Complementar), atenuando os gastos públicos na folha de pagamento de benefícios do RPPS da União no médio e longo prazo. O presente trabalho tem o escopo de detalhar a estrutura da Previdência Complementar, trazer a *lúmen* a característica jurídica do Regime de Previdência Complementar, bem como abordar os possíveis caminhos que o ramo previdenciário poderá trilhar nos próximos anos para o servidor público federal de cargo efetivo.

Palavras–chave: Previdência Complementar. Funpresp. Regime de Previdência Complementar.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise do regime de previdência complementar e das entidades fechadas de previdência complementar dos servidores da união. 3. Considerações finais. Referências.

ABSTRACT: Supplementary pension in recent years has been gaining more and more relevance in Brazilian social security. Inspired by the North American model, supplementary pension plans aim to guarantee the sustainability of the pension scheme. The possibility of instituting a closed supplementary social security entity -

EFPC to the federal civil servant in office emerged in EC No. 20/98 and was made through Funpresp-Exe and Funpresp-Jud. The creation of EFPC made it possible to limit the benefits of the RPPS - Union's Private Pension Scheme to the same level as the benefit ceiling of the General Social Security Scheme - RGPS (Supplementary Pension Scheme), alleviating public spending on the benefit payroll of the Union's RPPS in the medium and long term. The present work has the scope of detailing the structure of the Supplementary Pension Plan, bringing to light the legal characteristic of the Supplementary Pension Scheme, as well as addressing the possible paths that the social security branch may take in the years to come for the federal civil servant in office.

Keywords: Supplementary Pension. Funpresp. Supplementary Pension Scheme.

Summary: 1. Introduction. 2. Analysis of the Supplementary Pension Scheme and Closed Supplementary Pension Entities of the union's employees. 3. Final considerations. References.

1. INTRODUÇÃO

A previdência complementar tem, ao longo dos anos, ganhado mais importância e destaque na estrutura da seguridade social brasileira. Inspirada no modelo norte-americano, a previdência complementar possui, em tese, o registro de contas individualizadas, o que pode garantir sustentabilidade do regime de previdência.

A hipótese de criação de uma entidade fechada de previdência complementar – EFPC ao servidor federal de cargo efetivo surgiu na EC nº 20/98, porém somente após 14 anos, fora autorizada a criação da Funpresp-Exe e Funpresp-Jud.

A criação das EFPC possibilitou a limitação dos benefícios do RPPS - Regime Próprio de Previdência da União ao mesmo patamar do teto de benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, desonerando a folha de pagamento de benefícios no médio e longo prazo.

A fixação do limite nos benefícios do RPPS da União constitui o "Regime de Previdência Complementar". Apesar da nomenclatura, trata-se do Regime Próprio com limite nos valores dos benefícios, aplicável para os servidores que ingressarem no serviço público federal a partir da criação da EFPC e para os servidores antigos que fizerem a opção de migração.

A atribuição do nome "complementar" ao RPPS da União com limitação de valor dos benefícios gera confusão ao servidor público, a respeito do que seria o ato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de migrar de Regime de Previdência obrigatório e o ato de aderir a uma entidade fechada de previdência complementar.

O presente trabalho tem a finalidade de detalhar as características da Previdência Complementar, enaltecendo a natureza jurídica do Regime de Previdência Complementar, além de refletir a respeito das tendências que o ramo previdenciário está sujeito.

2. ANÁLISE DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES DA UNIÃO

Uma das formas de classificar os regimes de previdência social é devido a sua forma de filiação. De um lado, há os regimes de filiação obrigatória, de natureza pública, onde por disposição legal o trabalhador tem obrigação de estar filiado e contribuir à previdência social.

No âmbito da iniciativa privada e aos empregados públicos, há o Regime Geral de Previdência Social (Art. 201 da CRFB/88), administrado pelo Ministério da Economia, cujos benefícios são concedidos e mantidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

No serviço público, há a possibilidade de o ente da federação possuir um Regime Próprio de Previdência Social (Art. 40 da CRFB/88) aos servidores de cargo efetivo. Menciona-se, ainda, o Sistema de Proteção Social das forças armadas.

Por outro lado, conforme o Art. 201 da CRFB/88, há os regimes de previdência complementar, de natureza privada, em que a filiação é facultativa e têm a finalidade de fornecer um suplemento previdenciário ao regime obrigatório.

IBRAHIM (2020, p. 767) destaca que a previdência complementar brasileira é inspirada no modelo norte-americano, iniciando-se no pós-guerra em 1857, com o regime de previdência da Polícia de Nova York evoluindo para a *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) de 1974, que trouxe importantes parâmetros atuariais e de gestão dos planos empresariais, culminando nos planos 401-K, a partir de 1980, que inspirou o PGBL – Plano Gerador de Benefícios Livres no Brasil.

No Brasil, a previdência complementar teve sua gênese através do Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado, em 1835, idealizado pelo Ministro da Justiça, Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho, tendo o objetivo de pagar pensão por morte aos familiares dos servidores do Estado. Cita-se ainda, o advento da Lei Federal nº 6.435/77 que traçou contornos relevantes da previdência complementar brasileira.

A organização do regime complementar é autônoma, deste modo, existem as Entidades Abertas de Previdência Complementar - EAPC, que são instituições com fins lucrativos, regulamentadas pela Lei Complementar nº 109/2001, de livre adesão e geridas por instituições financeiras.

As EAPC atuam na promoção do PGBL – Plano Gerador de Benefícios Livres e do VGBL - Vida Gerador de Benefícios Livres, sendo controladas e fiscalizadas pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, autarquia vinculada ao Ministério da Economia.

Menciona-se ainda, as Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPC são instituições sem fins lucrativos, regulamentadas pela Lei Complementar nº 108/2001, de adesão restrita a um grupo de trabalhadores de determinada empresa ou ente e geridas por representantes da empresa ou ente, bem como dos segurados.

As EFPC são fiscalizadas e controladas pela PREVIC - Superintendência Nacional de Previdência Complementar, autarquia vinculada ao Ministério da Economia.

A possibilidade de criação de uma entidade fechada de previdência complementar para os servidores de cargo efetivo da União surgiu com o advento da EC nº 20/98, que inseriu o §14 no Art. 40 da CRFB/88, estabelecendo:

> Art. 40
>
> (...)
>
> § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Outrossim, caberia aos entes da federação a discricionariedade para se criar uma entidade fechada de previdência complementar aos seus servidores de cargo efetivo e indiretamente aplicar o Regime de Previdência Complementar (limitação do valor dos benefícios do RPPS ao teto previdenciário do RGPS).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com tal iniciativa, o ente federado poderia impor como teto de benefícios do Regime Próprio de Previdência Social o limite de benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

No âmbito da União, fora editada a Lei Federal nº 12.618/12, no Governo da Presidenta Dilma Rousseff, com três finalidades: a) instituir o Regime de Previdência Complementar – RPC aos servidores públicos federais de cargo efetivo, b) fixar o limite dos benefícios do Regime Próprio da União no mesmo patamar dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social a partir da criação da entidade fechada de previdência complementar e c) autorizar a criação de três entidades fechadas de previdência complementar para cada poder (Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe, Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo - Funpresp-Leg e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário - Funpresp-Jud).

A supracitada norma ainda altera substancialmente a Lei Federal nº 10.887/04, com a finalidade de adequar a legislação sobre a Contribuição ao Plano de Seguridade Social do servidor de cargo efetivo, na adoção do Regime de Previdência Complementar. Desta feita, o servidor vinculado ao RPC terá sua contribuição limitada à base de cálculo teto de benefícios do RGPS.

É comum a referência ao Regime Próprio da União com limitação do teto do Regime Geral de Previdência Social, como Regime de Previdência Complementar. Porém, atribuir a um regime de filiação obrigatória o nome de outro tipo de previdência que tem filiação facultativa, provoca confusão aos interessados, como se perceberá a seguir.

Com a autorização legal, o Poder Executivo Federal organizou para seus servidores a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe.

O funcionamento da instituição começou em 04/02/2013, quando a PREVIC - Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, emitiu a Portaria MPS/PREVIC/DITEC Nº 44/2013, aprovando o plano de benefícios da instituição.

Posteriormente, em 07/05/2013 fora publicada a Portaria MPS/PREVIC/DITEC Nº 239/2013 aprovando o Regulamento do Plano de Benefícios do Poder Legislativo Federal - LegisPrev, administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em 14/10/2013, a PREVIC publicou a Portaria MPS/PREVIC/DITEC Nº 559/2013, aprovando o Regulamento do Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, a ser administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário - Funpresp-Jud.

Deste modo, após as respectivas datas, em cada poder, o servidor que ingressasse no serviço público estaria vinculado ao Regime Próprio da União com a limitação do teto do RGPS (Regime de Previdência Complementar - RPC), nos termos do §1º do Art. 1º da Lei Federal nº 12.618/12.

Aos servidores que já estavam no serviço público federal houve a possibilidade de se optar pela migração de regime de previdência obrigatório, conforme o §16 do Art. 40 da CRFB/88, já que o servidor não pode dispor de seu regime de previdência.

Dessarte, coube ao servidor a opção entre os dois regimes, ou seja, migrar do Regime Próprio sem limitações ao valor do benefício para um Regime Próprio com a limitação do teto de benefícios do RGPS.

Conforme o §8º do Art. 3º da Lei Federal nº 12.618/12, a opção de migração tem caráter irrevogável e irretratável, ou seja, uma vez optado pelo RPC, não será possível o retorno ao RPPS da União sem limitação de valor dos benefícios.

Cita-se ainda que a migração não onera a União em qualquer devolução de contribuições pagas acima do teto de benefícios do RGPS. Nessa situação, o servidor terá direito a um benefício especial que será abordado em outro momento.

Vale mencionar que a migração de regime obrigatório foi possível por autorização legal, conforme o § 7º do Art. 3º da Lei Federal nº 12.618/12, oportunizando a realização do ato de opção no prazo de 24 meses a partir do início da vigência do Regime de Previdência Complementar. Outrossim, aos servidores federais fora oportunizado a migração de 2013 a 2015.

A possibilidade de migração fora reaberta através do Art. 92 da Lei Federal nº 13.328/2016 por 24 meses a partir da data de entrada em vigor da retromencionada lei, em 29 de julho de 2016. Dito isso, os servidores federais tiveram a segunda oportunidade de migração de 2016 a 2018.

Por fim, Poder Executivo, posteriormente editou a Medida Provisória nº 853/2018, que fora convertida na Lei Federal nº 13.809/2019, reabrindo o prazo para migração, conforme o Art. 1º, de 25/09/2018 a 29/03/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Existe a possibilidade de ser oferecida outra oportunidade de migração de regime de previdência obrigatório conforme o Art. 11 da PEC nº 133/2019, que propõe a reabertura no prazo de 06 (seis) meses a partir da publicação da Emenda Constitucional.

Diferentemente do regime obrigatório, com a criação da Funpresp, cabe ao servidor optar pela adesão ou não à Entidade Fechada de Previdência Complementar, em qualquer tempo.

Outrossim, ao servidor federal, que ingressou antes da aprovação do plano de benefícios da entidade de previdência complementar, tinha quatro opções distintas a saber: a) não migrar de regime obrigatório e não aderir à previdência complementar, b) não migrar de regime obrigatório e aderir à previdência complementar, c) migrar de regime obrigatório e, não aderir à previdência complementar e por fim, d) migrar de regime obrigatório e aderir à previdência complementar.

Sobre cada opção citada, o servidor deveria refletir, no sentido de realizar seu planejamento previdenciário, já que, o mesmo deveria estar ciente das vantagens e riscos que a sua escolha estaria sujeita.

Essa decisão tem maior peso para os servidores que já iniciam a carreira com remuneração acima do teto de benefício do RGPS ou ainda para aqueles que passarão a receber remuneração acima do limite supracitado por muitos anos.

De um lado, a migração do regime obrigatório é um atrativo já que diminui a exposição aos riscos que o RPPS - Regime Próprio de Previdência Social da União oferece. O RPPS da União está sujeito às reformas previdenciárias no sentido de restringir o acesso aos benefícios, bem como reduzir o valor dos mesmos.

A EC nº 103/19 alterou significativamente o Art. 40 da CRFB/88, fornecendo ao legislador a possibilidade de alterações no plano de benefícios através de normas infraconstitucionais. Ou seja, há a possibilidade de alterações nos direitos previdenciários por processos legislativos que exigem menor capital político.

Por outro lado, caberá ao próprio servidor buscar outros meios para incrementar seu futuro benefício previdenciário. Seja adotando um plano de investimentos de longo prazo ou aderindo a um plano previdenciário complementar.

A União, através da Orientação Normativa SEGEP nº 8/2014, fixou a orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC sobre o Regime de Previdência Complementar. Essa normativa fora revogada pela Orientação Normativa SGP nº 2/2015, onde é destacado quem está vinculado ao Regime de Previdência Complementar:

Art. 2º Estão sujeitos ao regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 2012:

I - os servidores públicos federais que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II - os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da federação que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

III - os servidores públicos federais egressos das carreiras militares que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal após 4 de fevereiro de 2013; e

IV - os servidores antes integrantes da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo no Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013.

§ 1º Consideram-se, para os fins de que trata esta Orientação Normativa:

a) servidores egressos de outros entes da federação, de que trata o inciso II deste artigo, aqueles oriundos de órgãos ou entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios que passaram a ocupar cargo público efetivo do Poder Executivo Federal; e

b) servidores públicos egressos de carreiras militares, de que trata o inciso III deste artigo, aqueles que foram membros das Forças Armadas, das Polícias Militares e do Corpo de Bombeiros Militares.

§ 2º O disposto nos incisos II, III e IV deste artigo aplica-se inclusive aos servidores que tenham tomado posse no respectivo órgão ou entidade federal sem solução de continuidade (sem interrupção) com o vínculo anterior.

§ 3º Os servidores de que tratam os incisos I a IV terão suas contribuições previdenciárias submetidas ao limite máximo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Deste modo, segundo a Orientação Normativa, somente os servidores públicos oriundos de cargo efetivo do Poder Executivo Federal sem ruptura de com a administração pública, poderiam permanecer no Regime de Próprio sem a limitação do valor dos benefícios.

Entretanto, a CRFB/88 em seu §16 do Art. 40 e a Lei Federal nº 12.618/12, em seu §1º do Art. 1º, destacam:

> Art. 40
>
> (...)
>
> § 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos § § 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (Extraído da CRFB/88)
>
> Art. 1º
>
> (...)
>
> § 1º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.183, de 2015) (Extraído da Lei Federal nº 12.618/12)

Desta feita, a supramencionada lei federal destaca que o servidor que tenha ingressado no serviço público antes da criação da EFPC, em qualquer ente federativo, poderá optar entre os regimes de previdência, sendo inicialmente vinculado ao RPPS sem limitação dos benefícios. O aparente conflito entre a Lei Federal nº 12.618/12 e a Orientação Normativa SGP nº 2/2015 tem gerado uma série de demandas judiciais, prevalecendo o texto da lei, conforme jurisprudência do STJ:

> RECURSO ESPECIAL. LEI 12.618/2012. NOMEAÇÃO EM CARGO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL. VÍNCULO ANTERIOR COM O

> SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO À OPÇÃO DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia consiste em saber se os servidores egressos de outros entes da federação que, sem solução de continuidade, ingressaram no serviço público federal, tem ou não direito de optar pelo regime previdenciário próprio da União anterior ao regime de previdência complementar estabelecido por esse último ente e sujeito ao teto do RGPS. 2. O art. 40, § 16, da CF e o art. 1º, § 1º, da Lei 12.618/2012, ao tratar da obrigatoriedade do regime de previdência complementar, utilizaram-se do ingresso no serviço público como critério diferenciador, sem fazer referência expressa a qualquer ente federado. Não há, portanto, nenhuma restrição ao ente federado em que houve o ingresso no serviço público. 3. Recurso Especial não provido. Recurso Especial Nº 1.671.390 - PE (2017/0110037-8) Ministro Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. 08 de agosto de 2017.

Esse entendimento tem sido adotado pelos Tribunais Regionais Federais, como se percebe na jurisprudência abaixo listada:

> 1. AGREXT 0005048-56.2016.4.01.3801, no TRF da 1ª Região - Turma Recursal De Juiz De Fora – MG;
>
> 2. AGREXT 0003870-32.2016.4.01.3200, no TRF da 1ª Região - Primeira Turma Recursal - AM/RR;
>
> 3. Apelação Cível/Reexame Necessário nº: 0059789-33.2015.4.02.5101 (2015.51.01.059789-0) na Sétima Turma Especializada do TRF da 2ª Região;
>
> 4. APELAÇÃO CÍVEL - 0008494-12.2016.4.03.6000 no TRF da 3ª Região – Primeira Turma;
>
> 5. APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5002325-28.2017.4.04.7109/RS no TRF da 4ª Região - Quarta Turma; e
>
> 6. APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA nº: 08004651120184058102, do TRF da 5ª Região - Quarta Turma.

Destaca-se ainda, a edição da Orientação Normativa SGP nº 9/2015, que fixou a inscrição automática de servidores de cargo efetivo no plano de benefícios Execprev, da Funpresp-Exe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Anteriormente, o servidor que ingressou no serviço público após a criação da Funpresp-Exe, tinha a faculdade de aderir ou não à EFPC. No entanto, com a retromencionada Orientação Normativa, o servidor é inscrito automaticamente na Funpresp-Exe, lhe sendo facultado o pedido de exclusão como participante da EFPC.

Aos servidores que vinham pagando contribuição previdenciária e migraram para o Regime Próprio da União com a limitação do teto de benefícios do RGPS será devido o pagamento pela União de um benefício especial, conforme o §1º do Art. 3º da Lei Federal nº 12.618/12.

O benefício especial será pago às custas do Tesouro Nacional, através do órgão de origem do servidor, e consiste em um benefício compensatório, com pagamento mensal, inclusive com a gratificação natalina, e sendo acumulado com a aposentadoria e a pensão civil por morte, nos termos do §5º do Art. 3º da Lei Federal nº 12.618/12.

O valor devido é oriundo da diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o teto de benefícios do RGPS, multiplicada por um fator de conversão.

Apesar da similitude com regra de cálculo de benefícios pela média aritmética, indicada pela EC nº 41/2003 e regulamentada pela Lei Federal nº 10.887/04, em seu Art. 1º, a atualização das remunerações de contribuição será pelo IPCA e não pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC.

Apesar de sutil, os índices têm metodologia de cálculo diferenciada, analisando o impacto inflacionário em distintos grupos de renda da população. Segundo o IBGE (2020):

> A sigla INPC corresponde ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor.
>
> A sigla IPCA corresponde ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.
>
> A diferença entre eles está no uso do termo “amplo”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O IPCA engloba uma parcela maior da população. Ele aponta a variação do custo de vida médio de famílias com renda mensal de 1 e 40 salários mínimos.
>
> O INPC verifica a variação do custo de vida médio apenas de famílias com renda mensal de 1 a 5 salários mínimos. Esses grupos são mais sensíveis às variações de preços, pois tendem a gastar todo o seu rendimento em itens básicos, como alimentação, medicamentos, transporte etc.

Outrossim, a atualização do INPC tende a remunerar melhor do que o IPCA. Como o benefício especial é uma compensação financeira pelo fato de o servidor ter contribuído com base em valores acima do teto de benefícios do RGPS, quando tinha a expectativa de se aposentar pela média aritmética em que os valores seriam atualizados pelo INPC, é possível afirmar que, de certo, o índice de atualização das remunerações de contribuição para definição do benefício especial será questionado judicialmente. Isso porque a diferença remuneratória entres os índices rompe a real compensação que o benefício pretende atingir.

Uma vez verificada a média aritmética atualizada, será quantificada a diferença desse valor com o teto de benefícios do RGPS. Desse resultado haverá a incidência de um fator de conversão, levando em consideração o número de contribuições vertidas ao Regime Próprio da União dividido por:

a) 455, quando servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União, se homem, nos termos da alínea "a" do inciso III do art. 40 da Constituição Federal;

b) 390, quando servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União, se mulher, ou professor de educação infantil e do ensino fundamental, nos termos do § 5º do art. 40 da Constituição Federal, se homem;

c) 325, quando servidor titular de cargo efetivo da União de professor de educação infantil e do ensino fundamental, nos termos do § 5º do art. 40 da Constituição Federal, se mulher

Apesar da Lei Federal nº 12.618/12 ser silente a respeito de como definiu o denominador do fator de conversão, se pode inferir que houve multiplicação dos anos de tempo de contribuição necessários para se aposentar por 13 competências mensais, aqui incluindo a parcela da gratificação natalina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O §4º do Art. 3º da Lei Federal nº 12.618/12 afirma que o fator de conversão será ajustado nos casos de aposentadoria para o servidor com deficiência e por exposição a agentes nocivos. Todavia, não é explicado como é feito o cálculo para definir o denominador do fator de conversão, o que gerará equívocos nos órgãos federais.

Um dos grandes atrativos das EFPC é que, geralmente, o patrocinador (ente da federação/empresa) também paga a contribuição de participação, beneficiando o segurado.

Na Funpresp-Exe, o participante normal tem a possibilidade de escolher os percentuais de 7,5%, 8,0% e 8,5% sobre a diferença entre o teto de benefícios do RGPS e a remuneração de contribuição, hipóteses em que a União contribui em igual valor.

Todavia, há que se destacar que o Conselho Nacional da Previdência Complementar emitiu a Resolução CNPC nº 11/2013, que regulamenta a possibilidade de retirada de patrocínio no âmbito do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Inclusive, o Regulamento de Plano de Gestão Administrativa da Funpresp-Exe prevê em seu Art. 17, a possibilidade de retirada do patrocínio da União, como se percebe *in verbis*:

> Art. 17 A retirada de patrocínio somente poderá ocorrer após prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador e desde que os patrocinadores fiquem obrigados, observado os Convênios de Adesão, ao cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos com a FUNPRESP-EXE, relativamente aos participantes, assistidos e beneficiários e obrigações legais, até a data da retirada.

Observa-se o mecanismo idêntico no Art. 16 do Regulamento de Plano de Gestão Administrativa da Funpresp-Jud.

Outro ponto que merece destaque é o detalhamento das receitas da Funpresp-Exe e sua destinação fixado no plano de benefícios da Execprev. As contribuições do segurado e do patrocinador irão compor a Contribuição Básica, sendo descentralizado recursos para:

a) A Reserva Acumulada pelo Participante, que tem natureza individualizada e capta os recursos de segurado e da União respectivamente.

b) O Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários – FCBE que tem natureza coletiva, para cobertura dos benefícios não programados (aposentadoria por invalidez e pensão por morte e dos aportes extraordinários).

c) O custeio das despesas administrativas, mediante cobrança de Taxa de Carregamento

Deste modo, percebe-se que necessariamente as contas dos segurados não são individualizadas em sua plenitude, haja vista que a composição do fundo para benefícios extraordinários é de responsabilidade de todos os participantes e do patrocinador. Pontua-se que a mesma sistemática, com leves alterações, está prevista no Plano de Benefícios da Funpresp-Jud.

Esse detalhe, no médio e longo prazo, poderá afetar as contas das EFPC dos servidores federais, já que naturalmente serão acumulados os casos de aposentadoria por invalidez e pensão civil por morte, além da possibilidade dos aportes extraordinários.

Vale mencionar as alterações promovidas pela EC nº 103/2019 sobre o Regime de Previdência Complementar e as EFPC. Cita-se a alteração contida do no § 15 do Art. 40 da CRFB/88:

> Art. 40.
>
> (...)
>
> § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.

Dessarte, a inovação tornou possível a efetivação da previdência complementar através de entidades abertas de previdência complementar, mantidas pelas instituições financeiras, de livre adesão e com fins lucrativos.

Outrossim, as instituições financeiras poderão contratar com a administração pública para gerenciar os recursos da Previdência Complementar do servidor público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Todavia, essa possibilidade carece de uma lei que regulamente a relação entre a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades abertas de previdência complementar, conforme o Art. 33 da EC nº 103/2019.

Vislumbra-se um cenário preocupante, inicialmente a respeito dos termos da lei que regulamentará a matéria e, posteriormente, os efeitos sobre os participantes que de certo, já terão anos de contribuição à EFPC.

Por ora, na ausência de lei regulamentadora, somente as entidades fechadas de previdência complementar estão autorizadas a administrar os planos de benefícios patrocinados pela União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além da administração indireta. Porém, é inegável que para o médio e longo prazo, o cenário da previdência complementar do servidor público de cargo efetivo é incerto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Regime de Previdência Complementar fora instituído no âmbito na União no sentido de reduzir a carga do Estado no pagamento dos benefícios. As entidades fechadas de previdência complementar, Funpresp-Exe e Funpresp-Jud constituem figuras previdenciárias importantes e poderão ser uma boa estratégia de planejamento previdenciário.

Todavia, nota-se que as EFPC possuem configurações de destinação da receita preocupantes a médio e longo prazo, haja vista que parte dos recursos pagos serão destinados para pagamento de benefícios não programados, além de que os participantes não tem proteção às mudanças no plano de benefícios.

Aponta-se ainda que existe uma tendência da previdência dos servidores públicos ser gerida por instituições financeiras que objetivam o lucro. A efetivação dessa transferência de gestão pode gerar efeitos adversos aos participantes.

É possível que, em um futuro não muito distante, os servidores federais que ingressaram no serviço público antes de 2013 tenham a oportunidade de migrar de regime previdenciário obrigatório. Decidir o seu planejamento previdenciário diante das opções existentes não será tarefa fácil.

Todavia, a decisão deve ser tomada com clareza, reconhecendo as vantagens e riscos que cada via oferece ao servidor e estabelecendo plano de contingência caso o plano traçado não saia como imaginado.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 29 de janeiro de 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.** Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.** Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 133, de 2019.** Permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem em seus regimes próprios de previdência social as mesmas regras aplicáveis ao regime próprio da União; modifica renúncias previdenciárias; prevê benefício da Seguridade Social à criança vivendo em situação de pobreza. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2231327. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.** Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.** Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp108.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Federal nº 6.435, de 15 de julho de 1977.** Dispõe sobre as entidades de previdência privada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004.** Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.887.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Federal nº 12.618, de 30 de abril de 2012.** Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Federal nº 13.328, de 29 de julho de 2016.** Cria, transforma e extingue cargos e funções; reestrutura cargos e carreiras; altera a remuneração de servidores; altera a remuneração de militares de ex-Territórios Federais; altera disposições sobre gratificações de desempenho; dispõe sobre a incidência de contribuição previdenciária facultativa sobre parcelas remuneratórias; e modifica regras sobre requisição e cessão de servidores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13328.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Lei Federal nº 13.809, de 21 de fevereiro de 2019.** Reabre o prazo para opção pelo regime de previdência complementar de que trata o § 7º do art. 3º da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13809.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. **Medida Provisória nº 853, de 25 de setembro de 2018.** Reabre o prazo para opção pelo regime de previdência complementar de que trata o § 7º do art. 3º da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv853.htm. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão Pública. **Orientação Normativa nº 8, de 1º de outubro de 2014.** Estabelece orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração federal (SIPEC) sobre o direito de opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, dispondo acerca do regime de previdência complementar instituído pela Lei n° 12.618, de 30 de abril de 2012. Disponível em: https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão Pública. **Orientação Normativa nº 2, de 13 de abril de 2015.** Estabelece orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - Sipec sobre o regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Disponível em: https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão Pública. **Orientação Normativa nº 9, de 19 de novembro de 2015.** Estabelece orientações quanto à inscrição automática de servidores públicos da Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações, no plano de benefícios Execprev, da Funpresp-Exe. Disponível em: https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Ministério da Previdência Social. Superintendência Nacional de Previdência Complementar. **Portaria nº 44, de 31 de janeiro de 2013.** Aprova o Regulamento do Plano Executivo Federal, administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe. Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Portaria-44-DE-31-DE-JANEIRO-DE-2013.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Ministério da Previdência Social. Superintendência Nacional de Previdência Complementar. **Portaria nº 239, de 6 de maio de 2013.** Aprova o Regulamento do Plano de Benefícios do Poder Legislativo Federal - LegisPrev, administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe. Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

content/uploads/2020/06/PT-239-Previc-aprova-LegisPrev_07mai20131.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Ministério da Previdência Social. Superintendência Nacional de Previdência Complementar. **Portaria nº 559, de 11 de outubro de 2013.** Aprova o Regulamento do Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, a ser administrado pela Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário - Funpresp-Jud. Disponível em: http://www.funprespjud.com.br/wp-content/uploads/Legislacao-e-Normas/Outros/portaria_559_11-10-2013_dou_14102013.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Conselho Nacional de Previdência Complementar. **Resolução CNPC nº 11, de 13 de maio de 2013.** Dispõe sobre retirada de patrocínio no âmbito do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar e dá outras providências. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/1_130524-144031-373.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. **ExecPrev - Regulamento do Plano de Benefícios da Previdência Complementar do Poder Executivo Federal.** Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Manual-execprev-V22.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo. **Regulamento do Plano de Gestão Administrativa.** Disponível em: https://www.funpresp.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Regulamento-PGA-2019.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário – Funpresp-Jud. **Regulamento do Plano de Gestão Administrativa.** Disponível em: http://www.funprespjud.com.br/wp-content/uploads/2013/12/PGA-Funpresp-Jud.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região**.** Turma Recursal de Juiz de Fora – MG. **AGREXT 0005048-56.2016.4.01.3801**, SILVIA ELENA PETRY WIESER, Diário Eletrônico Publicação 05/03/2020. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região**.** Primeira Turma Recursal– AM/RR. **AGREXT 0003870-32.2016.4.01.3200**, MARCELO PIRES SOARES, Diário Eletrônico

Publicação 30/11/2016. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Sétima Turma Especializada. **Apelação Cível/Reexame Necessário Nº CNJ : 0059789-33.2015.4.02.5101 (2015.51.01.059789-0)**. Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo. Data de decisão: 08/01/2020. Data de disponibilização: 21/01/2020. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=*&q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - **APELAÇÃO CÍVEL - 0008494-12.2016.4.03.6000**, Rel. Desembargador Federal Valdeci Dos Santos, julgado em 09/11/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 12/11/2020. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/base-textual. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, **APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5002325-28.2017.4.04.7109/RS**, Relator Marcos Josegrei da Silva, juntado aos autos em 24/02/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 4ª Turma, **APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA nº: 08004651120184058102**, Desembargador Federal Frederico Wildson da Silva Dantas. Julgamento: 20/04/2021. Disponível em: https://julia-pesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/#consulta. Acesso em 13 de maio de 2021.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Inflação.** 2021. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php. Acesso em 13 de maio de 2021.

IBRAHIM, Fábio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário.** 25ª Edição. Editora Impetus. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

A ATUAÇÃO DO JUIZ PAUTADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A QUEBRA DA IMPARCIALIDADE

RAILANE DE MOURA CAVALCANTE:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

NATHALIA BRITO DE MELO [1]

(coautora)

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA2

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar os aspectos da atuação do juiz pautada nos princípios constitucionais da Constituição de 1988, aferindo de que forma ocorre a quebra da imparcialidade do juiz, bem como os riscos que isso pode trazer para o processo. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica desempenhou-se um estudo em conjunto entre doutrina, jurisprudência e legislação acerca do tema, no qual foi possível verificar que existem, na história, três tipos de sistemas processuais, contudo o Brasil adota apenas um sistema que é o sistema acusatório, esse sistema é o que mais se aproxima de um Estado democrático de direito e garante ao acusado a observância de todos os princípios constitucionais. Assim, por meio desse estudo, chegou-se à conclusão que a imparcialidade do juiz é não só um princípio fundamental para o processo como também um divisor na vida daquele que está sendo julgado, a não observância desse princípio pode ocasionar danos irreversíveis. Um exemplo trago na pesquisa foi a recente decisão sobre a parcialidade no julgamento do ex-presidente Lula que teve clara violação a quebra da imparcialidade. Nesses casos, o juiz deve ser imediatamente afastado e a decisão anulada.

Palavras-chave: Princípios constitucionais; Imparcialidade; Juiz imparcial.

1 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

2 Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos Sistemas Processuais Penais 2.1 Espécies. 2.1.1 Sistema Acusatório. 2.1.2 Sistema Inquisitório. 2.1.3 Sistema Misto. 2.1.4 Sistema Adotado Pela Legislação Brasileira. 3 Garantias Processuais No Sistema Processual Brasileiro. 3.1 Princípio Do Livre Convencimento Motivado. 3.2 Princípio Da Imparcialidade Do Juiz. 3.3 Princípio Da Presunção De Inocência. 4 A Quebra Da Imparcialidade Do Juiz. 4.1 Teoria Da Prova Dentro Da Imparcialidade. 4.2 Ocorrência da Quebra da Imparcialidade do Juiz. 4.3 Análise Jurisprudencial De Casos Reais Da Quebra Da Imparcialidade Do Juiz E Impactos De Decisões Que Tiveram o Juiz Parcial. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A grande questão nos tempos de hoje é se o juiz, responsável pelo direcionamento do processo, é mesmo imparcial. Com isso, a Constituição de 1988 limita e direciona os passos que o magistrado terá que seguir, para que suas ações, além de proporcionais, possam estar dentro dos princípios constitucionais, garantindo, dessa forma, o equilíbrio entre a participação do magistrado no processo e a hierarquia da nossa Carta Magna. No entanto, vale discutir que a imparcialidade ainda gera dúvidas quanto a indagação de ela ser integral ou não.

Dessa maneira, o julgador valer-se-á dos princípios constitucionais para que futuramente venha a proferir sua sentença, pois é, por meio de tais garantias que fornecerá uma base de compreensão mais precisa da lide discutida. Por isso, é importante ter um julgador que seja consciente das limitações impostas a ele, de modo que irá resguardar-se dos eventuais pré-julgamentos da sociedade.

Todavia, para que essa imparcialidade possa continuar sendo preservada, é preciso ater-se aos fatos. O estudo dos sistemas com a compreensão da imparcialidade do juiz e as provas obtidas são de suma importância em diversos âmbitos. Diante de uma análise desses sistemas e princípios do ordenamento que nas mãos do magistrado tem-se uma compreensão regida por uma convicção estruturada, a qual delimita o entendimento para sanar quaisquer dúvidas a respeito do sistema brasileiro.

É fundamental, lembrar então, sobre qual sistema processual o Brasil adota, caracterizando-o e fazendo uma análise histórica para saber qual caminho o sistema brasileiro percorreu até chegar a adotar o sistema acusatório. O protagonismo dos sistemas processuais evidencia que a própria imparcialidade é muitas vezes criticada com "pré - conceitos", pois mostra uma enorme possibilidade de resolução dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aspectos jurisdicionais relevantes para a sociedade e, ao mesmo tempo, causa fragilidade ao tentar se limitar e compreender como algo específico.

Nesse contexto, utilizou-se o método dedutivo como metodologia de abordagem. A pesquisa desenvolveu o questionamento sobre a imparcialidade do magistrado dentro do processo através dos limites que a Constituição Federal de 1988 impõe para suas ações. Para tanto, a técnica de pesquisa possui base bibliográfica, como consulta de livros, dissertações, artigos e revistas especializadas.

Dessa forma, o presente estudo buscou reconhecer que a Constituição Federal é lei suprema, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, pois suas normas e princípios ditarão o andamento de todas as relações. Do mesmo modo, tem como principal objetivo verificar até que ponto o juiz é parte do processo e através desta participação, se sua imparcialidade não ultrapassa os limites estabelecidos pela Constituição mediante de seus princípios.

2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Nos últimos séculos, a estrutura do processo de punição variou, dependendo da prevalência de ideologias punitivas ou liberais. Goldschmidt afirmou que a estrutura do processo penal de um país pode ser usada como um termômetro para os elementos democráticos ou autoritários de sua constituição.

De acordo com Lopes Jr. (2019), cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.

O sistema processual trata de diversos assuntos (garantia do réu, pessoa jurídica obrigatória, órgão denunciante, órgão policial investigador, garantia de recurso constitucional, presunção de inocência etc.). Todos esses temas aparentemente isolados são os mesmos, ou seja, se encontram junto ao princípio unificador, responsável pela definição do valor de qualquer sistema.

O processo penal é o detentor do direito de punir em conjunto com o direito penal que não é autoaplicável, mas esse processo é um instrumento de legitimidade ao direito de punir do Estado. A sociedade em si não tem direito de punir, isso é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conferido e legitimado ao Estado. Então, o processo penal é um conjunto de normas e princípios que instrumentalizam a correta aplicação da lei penal no ordenamento.

Os sistemas processuais penais são necessários para garantir os preceitos constitucionais e também reestabelecer o sentimento de justiça e paz social. Eles servem para normatizar o rito procedimental do processo em si. No processo há uma construção de relação com autor, juiz e réu. Temos um magistrado que deve tornar-se imparcial e seguir a luz de todo ordenamento e as partes em parcialidade.

O detentor de todo poder na relação jurídica é a figura principal capaz de solucionar de maneira equilibrada o caso em questão. Se tratando do sistema processual brasileiro, foi possível observar que é necessária uma iniciativa de alguma das partes para se permitir o começo da relação, quando duas partes deverão produzir suas provas a fim de se fazer cumprir a veracidade do que se está alegando.

Diante disso, ao se tratar de sistema processual penal cabe uma breve análise acerca de alguns modelos que influenciaram e influenciam ainda hoje certas relações processuais.

Entende-se como sistemas, de acordo com Jacinto Coutinho (2014):

> "Conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim". Sob o ponto de vista do processo penal, os sistemas podem ser compreendidos como complexos de princípios e regras constitucionais, definidos conforme o momento político de cada sociedade, que orientam a aplicação das normas penais ao caso concreto. (COUTINHO, 2014, p. 50)

No ordenamento jurídico brasileiro, o processo penal já se viu em mudança diversas vezes acerca dos sistemas processuais que culminaram como sendo base de diversas linhas de pensamento entre algo mais "puro ou misto". Logo por esse motivo faz-se bastante necessário se entender essa evolução.

É importante enfatizar a existência de três tipos diferentes de sistemas processuais, dois deles são basicamente opostos um ao outro, sendo o último uma mistura desses modelos. Cada característica inerente será abordada agora.

2.1 Espécies

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.1.1 Sistema Acusatório

Os sistemas acusatório, inquisitório e misto nasceram nos tempos antigos e em diversos lugares. O sistema acusatório, por exemplo, tem sua origem no período grego, no tempo dos atenienses. A grande participação da população de Atenas foi um marco importante no quesito acusação nos debates que se desenvolveram na época. Em um momento posterior, já se visualizava um sistema falho o qual precisava de reparos para a contenção de crimes frequentes, entre outras situações.

Diante das necessidades, juízes passaram a se tornar julgadores e a acusar. No sistema processual acusatório tem-se funções especificas para todas as partes que compõe a relação jurídica. Sobre essas "funções", o doutrinador Paulo Rangel (2013) traz de maneira explícita essa separação, ao esclarecer que:

> O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, 2013, pág.49).

Neste sentido, diversas doutrinas expõe um entendimento acerca do juiz como importante na gestão probatória, princípio dispositivo como sendo o mais importante no sistema, entre outros. As funções existentes, resumindo especificamente "julgar" e acusar", devem ser separadas em equilíbrio para que a dita defesa seja uma característica importante no sistema em questão.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco importantíssimo para separação de funções. Tendo o sistema acusatório um caráter público, ao Magistrado foi designado a função de julgar com imparcialidade de acordo com os princípios designados; ao Ministério Público se dá a função de acusar baseado nos ditames jurídicos e às partes se tem a defesa.

No sistema de acusatório, o réu é o sujeito de direitos, a gestão da prova está nas mãos de todas as partes envolvidas. Se a garantia não for cumprida, o processo

será invalidado. Respeitado aos procedimentos do processo, a presunção de inocência, o direito das partes a apresentarem provas, um juiz justo e um mecanismo de combate à justiça, são as principais características desse sistema. Este manifesta-se como um sistema democrático que permite ou pelo menos envolve todas as entidades.

O sistema acusatório é um sistema totalmente contrário ao inquisitivo. Este sistema deve obedecer às "regras do jogo", caso contrário será considerado inválido. A publicidade também é essencial, porque todo comportamento processual deve ser registrado de forma confiável. Essa é uma característica de um país que supera uma centralização irracional de poder e as pessoas têm como garantia os direitos básicos.

Nesse sistema garantidor, a simples aplicação da lei não é suficiente para se chegar à justiça judicial, e outros fatores são pesados para se chegar ao "produto final". Em muitas oportunidades, a observação cega da literalidade das normas resultará na inclusão de direitos e de garantias na Constituição Federal, razão pela qual esses direitos e essas garantias têm sido repetidamente excluídos. Este é o processo penal que está atualmente em foco de trabalho, que tem por objetivo propor um mecanismo/sistema que traga diversos parâmetros / critérios para alcançar uma aplicabilidade mais justa e dos direitos humanos.

Lopes Jr (2014), preceitua:

> "O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição autentica parte passiva do processo penal." (LOPES JR. 2014, pág. 95).

À vista disso, Norberto Avena (2015) complementa que o sistema acusatório é próprio dos regimes democráticos, caracterizando-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se "acusatório" porque, à luz desse sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado narrado com todas as suas circunstâncias.

Todos os conceitos trazidos pela doutrina respeitada, não podem levar à conclusão de que o sistema de acusação é o sistema mais capaz de moldar os novos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dispositivos constitucionais modernos. Entretanto por poder proporcionar aos juízes melhor tranquilidade, pode distinguir claramente a função do papel processual. Além disso, tal sistema cumpre a missão central da "Constituição Federal", cujo conteúdo é o tratamento das pessoas e a proteção de direitos e garantias, condição necessária para o ordenamento jurídico nacional.

Ademais, para Lopes Jr (2008) em decorrência desse sistema, é assegurado ao acusado a imparcialidade do juiz para decidir de acordo com as provas colhidas pelas partes. Evita-se assim, eventuais arbitrariedades do Estado o qual pode se manifestar na figura do juiz parcial pelo produto de seu trabalho investigativo, pois ao tratar o acusado como condenado desde o início da apuração do delito, desse modo afastando-se dos princípios básicos de justiça no momento de sentenciar.

Portanto, no sistema acusatório, o juiz é um sujeito inerte, uma atividade que gera e fornece provas às partes. Nessa linha de pensamento, o objetivo do sistema de denúncia é garantir uma estrutura dialética, não tornar o réu passivo como espectador, e esse efeito deve ser atribuído ao juiz. Pelo contrário, deve garantir que, no processo penal, as partes tenham armas iguais e estatuto igual em oposição a jurisdições justas e inertes.

2.1.2 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitivo tem origem romana e a concentração de poder em julgar e acusar, contando com a presença de um procedimento mais sigiloso e com ausência de contraditório.

De acordo com Leonardo Augusto Marinho (2009) o sistema inquisitório fundamenta-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza-se na gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação importante e priorizando o poder concentrado, e sem controle, voltado para o direito material.

O sistema inquisitivo corresponde ao conceito de poder central absoluto, que concentra todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração e jurisdição) em uma pessoa. Nesse sistema não há separação de funções, porque o juiz ingressou com uma ação, defendeu o réu e o julgou na mesma ocasião, a característica desse modelo de investigação é uma conotação negativa, ou seja, uma técnica de investigação que privilegia valores de defesa social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme Aury Lopes Jr (2008), até o século XII, na Europa, predominava o sistema acusatório, não existindo processo sem acusador legítimo. Com os crescentes números de delitos ao longo dos séculos XII até o XIV, o modelo acusatório, em que a acusação estava nas mãos de particulares, tornou-se insuficiente para combater a delinquência, devendo a função de acusar, passar para o Estado.

O poder dos juízes, posteriormente, violou cada vez mais os poderes dos promotores privados e dos defensores, na medida em que as funções de acusação e de julgamento se concentravam no mesmo órgão estatal.

O sistema foi adotado, a *priori,* pela igreja e posteriormente adotado por todos os legisladores da época. Após a Conferência de Latrão em 1215, o processo de investigação começou a conquistar quase toda a Europa. Teve origem no seio da Igreja Católica e tinha como objetivo evitar as injustiças, mas as autoridades viram um poderoso poder neste processo, por isso, espalhou-se em vários tribunais e transformou-o num meio de opressão. O modelo de interrogatório é marcado pelo despotismo do Estado, que assume o papel de acusação, se julgamento e de defesa, e o juiz passa a ser o interrogador.

Lopes Jr. (2008) aduz que:

> O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação. (LOPES, JR. 2008, p. 61.)

Colocar o poder de acusação e de julgamento nas mãos do tribunal, de modo a não confiar na vontade do indivíduo; tratar o réu apenas como objeto de investigação, não mais objeto de direitos; o estabelecimento da investigação da verdade é o objetivo principal do processo penal, por isso aceitaram todos os meios, inclusive a tortura.

O sistema de inquérito é confidencial, sempre por escrito e não contraditório, concentrando as funções de acusação, defesa e julgamento na mesma pessoa. Nesse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sistema o réu é considerado apenas objeto de perseguição no sistema, razão pela qual, muitas vezes se admite que a tortura e outras práticas são uma forma de obter provas.

No referido processo, não há contradição, ou seja, o réu não pode entrar em conflito com a denúncia. Nesse modelo, não há estrutura dialética, pois aqui não há relação jurídica, haja vista que a investigação é unilateralmente responsável. Portanto, o juiz atua em última instância como parte, investigador, demandante e juiz. Independentemente do pedido do réu, o juiz tem total liberdade para coletar provas. Normalmente, o réu ainda está preso no processo.

Gustavo Henrique Badaró (2003) sobre esse sistema preceitua:

> No campo probatório, que se liga diretamente ao princípio em análise, no sistema inquisitório, havia intervenção ex officio do juiz, que verdadeiramente se identificava com o acusador. O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. O acusado normalmente, permanecia preso durante o processo. Na busca da verdade material, frequentemente, o acusado era torturado para que se alcançasse a confissão. Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto melhor acertada, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador. Quanto ao método probatório, há uma substituição da concepção argumentativa por uma concepção demonstrativa da prova, baseada nos moldes científicos experimentais. (BADARÓ, 2003, p. 105)

Dessa maneira, o sistema inquisitório não é compatível com os direitos constitucionais que devem existir em um país democrático e jurídico, devendo, portanto, ser suprimido da legislação contemporânea, que deve proporcionar aos cidadãos um mínimo de proteção.

2.1.3 Sistema Misto

O surgimento do sistema misto se deu na etapa de ensino ou preparação (também chamada de pré-procedimento), ele mantém um forte resquício do modo de questionamento, enquanto na própria etapa processual adquire características do tipo acusação. O sistema misto é caracterizado pela fase inicial de inquisitória, preliminar e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na instrução, e na fase final, o julgamento sob a garantia de todos os procedimentos do sistema acusatório.

Para Segundo Aury Lopes Jr. (2003) as ideias filosóficas da Revolução Francesa, de 1789, influenciaram no sistema processual penal da época, pois com o fracasso do modelo inquisitório e a gradual volta do acusatório, houve uma modificação substancial no tipo processual penal. Ocorre que o Estado não podia devolver a função da persecução criminal em mãos de particulares, então decidiu dividir o processo penal em fases e atribuir a tarefa de acusar e julgar a órgão e pessoas distintas, nascendo daí o Ministério Público. Assim, a acusação continua com o monopólio estatal, no entanto, realizada por um terceiro distinto do magistrado.

De modo geral, o sistema misto abrange duas fases processuais distintas: uma fase de inquérito, sem contradições, propaganda e defesa, na qual são conduzidas investigações preliminares e orientações de preparação. Noutro momento posterior, correspondente ao momento do julgamento, na segunda fase é assegurado que o arguido tem todas as garantias do procedimento de acusação.

Guilherme Nucci (2003) é o doutrinador da corrente que afirma que o sistema adotado no Brasil é o Misto que também é denominado por inquisitivo-acusatório: Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). (NUCCI, 2009, p. 25.)

Contudo, esta não é a corrente que prevalece, para a maioria dos doutrinadores o modelo misto adotado pelo Direito Processual Penal Brasileiro baseia-se no fato de que, via de regra, a investigação de um crime é iniciada pela polícia, seguida de inquérito policial inquisitório.

2.2 Sistema adotado pela Legislação Brasileira

A corrente majoritária da doutrina acredita que o sistema de processo penal brasileiro que prevalece é acusatório, tomando como exemplos Aury Lopes Jr. e Eugenio Pacelli. Também está sintetizado por decisões do STF e STJ.

A situação atual parte do pressuposto básico de que a CF/88 faz uma escolha, mas de forma implícita, ao separar as funções de julgamento e acusação, além de estabelecer com clareza a típica garantia processual do sistema de acusação. Sobre art.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

156, I, CPP, a maior polêmica, foi até o Supremo Tribunal Federal, onde foi possível decidir sobre a impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. (HC 82.507/SE, DJU 10.12.2002. p. 766)

Por meio dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, foi possível compreender a universalidade das características típicas do sistema processual penal acusatório, o que está relacionado ao princípio acusatório claramente estabelecido nesse campo. Além de esclarecer as funções principais do Ministério Público: art. 129, I, CF/88 "A função institucional do Ministério Público é: I-Promover o processo penal privado nos termos da lei." (BRASIL, 1988).

Alvares (2013) considera patente violação do sistema acusatório a regra do art. 156, I do CPP, esclarecendo que ao juiz, cabe limitar-se no tocante a iniciativa probatória, na fase processual e não determinar diligências probatórias antes de iniciada a ação penal.

Sobre o art. 156, II do CPP, o sistema acusatório, imposto pela CF/88, na qual foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do MP, deverá funcionar como redutor e/ou controlador da aplicação desse segundo inciso, em face da imparcialidade que deve nortear a atuação jurisdicional. (ALVARES, 2013)

Em 25 de agosto de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou suas obrigações ao Ministro Relator Celso de Mello no HC 84580 SP, decidindo que o sistema adotado no Brasil em respeito a Constituição Federal de 1988 é o acusatório. Conforme se segue:

> O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societario", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro [...] repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL

TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. (HC 84580 SP, 2009)

Cumpre ressaltar que, para o STF, o sistema acusatório é entendido como um sistema adotado pelas legislações nacionais, exigindo que tal conclusão só seja alcançada quando forem mencionados outros aspectos do processo, como o respeito ao devido processo legal e suas contradições. Uma ampla gama de subprincípios, incluindo defesa, justiça natural, presunção de inocência etc., e não considera apenas o isolamento da acusação e funções de julgamento da mesma pessoa ou organização (investigador).

Pode-se dizer que o sistema de processo penal é definido de acordo com a ideia fundadora (princípio unificador), e todas as demais características e regras devem ser explicadas de acordo com essa ideia. Depois de conhecer essa premissa, você pode distinguir qual sistema está sendo processado. É importante destacar que o sistema processual está intimamente ligado ao modelo político do País. Vale ressaltar, ainda, que quanto mais próximo o País está do autoritarismo (autocracia, monarquia), menor é a garantia do réu e mais próximo do sistema de inquérito. O contrário também é verdadeiro: quanto mais próximo o País está da democracia e da lei, maiores são as garantias dadas e, portanto, mais próximo de um modelo de acusação pura. Por fim, vale ressaltar que não existe um sistema puro.

3 GARANTIAS PROCESSUAIS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A Constituição Federal, como Carta Magna, traz diversos princípios os quais têm a função de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos e todas as leis infraconstitucionais têm o dever de acatar o que a lei maior dispõe.

É importante observar a relação entre os princípios e o magistrado, sendo ele digno de direito e deveres, e acompanhado por garantias fundamentais, é necessário que se adote todas as funções possíveis dentro de um processo e que esse processo não fique estagnado prejudicando as partes, isso entra em concordância em todo direito processual.

Dessa forma, o processo penal necessita sempre estar tracejado na Constituição Federal, pois esta é a lei que tem maior importância dentro do Estado democrático de Direito brasileiro. Com isso, o juiz deve atuar como garantidor dos direitos individuais evitando, assim, o abuso do poder estatal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para Capez (2014), analisando-o sob o aspecto objetivo, isto é, dos atos, identificamos o seu primeiro elemento constitutivo: o procedimento, entendido como cadeia de atos e fatos coordenados, juridicamente relevantes, vinculados por uma finalidade comum, qual a de preparar o ato final, ou seja, o provimento jurisdicional, que, no processo de conhecimento, é a sentença de mérito. Sob o aspecto subjetivo, surge o segundo elemento constitutivo do processo, que lhe dá vida e dinamismo: a relação jurídica processual.

Este procedimento pode exercer a jurisdição para resolver conflitos entre civis. No campo penal, o direito processual penal sistematiza esse processo, tornando realidade a abstração do direito material. Sendo assim, o processo é analisado sob duas perspectivas diferentes, mas ainda há uma conexão entre elas, cabendo verificar quais princípios fazem parte dessas garantias.

3.1 Princípio do Livre Convencimento Motivado

O princípio do livre convencimento motivado é considerado o mais importante no processo, pois analisa a decisão amplamente e de maneira regular no âmbito do ordenamento. Sob esse enfoque, Coutinho (1998, p. 197) afirma: "Faz-se imprescindível reconhecer que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão por que a consciência de tanto é necessário a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional".

Tal princípio demonstra a humanização de decisões proferidas, sendo o juiz ligado à lei vigente, também atribui valores na formação de todo o seu convencimento. A motivação vai legitimar todo o processo e a formação do convencimento na decisão.

Neste sentido, Coutinho (1998, p. 198) esclarece:

> Geralmente, pelo mesmo entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais fácil [...] mas o julgador tem de identificar sua escolha: tem de convencer que elegeu a melhor a melhor prova. Surge aqui o primeiro requisito retórico da sentença, que não é outro senão o de verossimilhança fática. Trata-se de efeito de verdade.

Assim, conclui-se que há uma importância entre o livre convencimento motivado e a imparcialidade, uma vez que não são garantias apenas do acusado, mas

também do magistrado e de todos os cidadãos. Elementos que visam a busca da verdade no exercício jurisdicional. O julgador vai em busca da verdade nas provas e nos autos, e mediante um processo penal em respeito às garantias fundamentais, a mesma é tanto consagrada como também limitadora e legitimadora do exercício juiz.

Segundo o princípio do livre convencimento, o juiz tem liberdade para avaliar as provas produzidas no processo, pois comprovou o motivo de sua conclusão. Nesse sentido, o juiz poderá julgar os fatos interpostos e produzidos no processo com base em sua livre convicção. Essa liberdade encontra o limite oposto à prova em litígio no âmbito da impossibilidade de conduzir uma sentença, ou seja, evita a nova arbitragem.

Nery Júnior (2004, p. 519), afirma que:

> "O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto."

Para Didier Jr (2011, p. 40), o juiz não obstante aprecia as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probatória destas; a convicção está na consciência formada pelas provas.

Dessa forma, o magistrado correlaciona as evidências no arquivo do caso e deriva suas crenças com base nisso. No entanto, o fato de o juiz ter assinado os princípios de sua vida não deve ser ignorado e, uma vez que o juiz é imparcial e não neutro, esses princípios, é claro, também afetarão as decisões tomadas. No entanto, mesmo que possam conduzir a uma decisão, não devem ser utilizados como base, porque, se o fizerem, causarão grave insegurança jurídica.

3.2 Princípio da Imparcialidade do Juiz

O princípio da imparcialidade tem significativo muito alto, por que se apresenta dentro do processo penal e também do processo civil, como justificativa na função

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

essencial da jurisdição. Consiste no fato de que o magistrado é vetado de ter vínculos pessoais com as partes, como ter amizade com alguém que tenha contato íntimo tanto com o réu como com o autor. Para o melhor entendimento, a Constituição Federal de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo X, reconheceu este princípio: "Art. 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". (BRASIL, 1988). Tal princípio é considerado um dos mais importantes, pois o processo penal passa a ser mais justo e eficaz, visto que é uma condição para que o processo seja considerado válido.

Durante esse processo, como o magistrado não pode demonstrar interesse pessoal entre as partes, nem agir com sua opinião pessoal, tudo baseia-se em fatos e provas levados a ele para que se siga um julgamento justo e respeitoso, conforme é assegurado na Constituição Federal.

Coutinho (1998, p.170) expõe sua opinião quanto ao juiz manter sua postura de terceiro neutro dentro do processo:

> Sabe-se que, com esta visão, o que se pretende é a preservação da ideia do juiz como um órgão neutro e imparcial, que por não ter interesse direto no caso, tutelaria a igualdade das partes no processo. Com isto, estar-se-ia buscando a manutenção do seu escopo último: a pacificação dos conflitos de interesses e a justiça.

Assim, como os demais princípios estão ligados ao sistema acusatório, o Princípio da Imparcialidade também tem essa ligação. Por isso, o juiz deve manter a distância entre as partes para o melhor andamento e sentença do processo, bem como para resguardar a celeridade do mesmo, a proporcionalidade e a igualdade ao final da lide.

Os princípios tradicionais que visam restringir a participação dos juízes em procedimentos geralmente estipulam que, nos casos em que os juízes podem atuar *ex officio* (confirmando provas ou tomando medidas antecipadas, ou condenando as partes à pena prescrita, crenças, impondo uma multa obrigatória e apoiando medidas administrativas e medidas coercitivas) abrirá mão de sua imparcialidade, porque, ao fazê-lo, fará com que uma parte goze dos privilégios relativos à outra parte. Portanto,

aqueles que se opõem ao ativismo judicial dizem que o juiz não deve ser muito ativo, pois isso prejudicaria o princípio da imparcialidade.

Um juiz justo é aquele que não está interessado no objeto do caso ou quer aprovar as partes, mas isso não significa que o magistrado seja injusto em seu julgamento e não tenha qualquer interesse (obrigação) em razão de suas ações. Logo, a atuação positiva do juiz não é motivo de sua justiça.

O juiz deve ser imparcial, mas isso não significa que ele deva permanecer neutro. Diante dos valores a serem mantidos no processo, justiça não significa neutralidade. Quando os juízes tentaram justificar as partes que realmente agiram de acordo com o sistema legal, não violaram o dever de justiça. Na verdade, é importante que os juízes conduzam o julgamento com meios judiciais eficazes para que a pessoa certa possa ser beneficiada.

Para Figueiredo (2014) ser imparcial, também não significa que o juiz deva ser desinteressado, pois o juiz é interessado no sentido de que deve tomar todas as providências legais a seu alcance para que, a final, o vencedor seja aquele que esteja realmente amparado pelo direito material em discussão. Assim, não pode ser inerte.

3.3 Princípio da Presunção de inocência

O princípio da Presunção de Inocência tem como função preservar os cidadãos da vontade do Estado quando quiser sua condenação não importando qual preço seja, já que o acusado é inocente até que se prove ao contrário. Tem o apoio do próprio sistema acusatório, no qual a locomoção dos indivíduos é respeitada. Assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe em seu artigo 9º que: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". (BRASIL, 1979).

Logo, o artigo 5°, inciso LVII, da Constituição Federal garante que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", enaltecendo ainda mais a presunção de inocência. Sobre isto, Barros e Silva (2020) elevam: "A presunção e inocência não nasceu junto ao Direito, mas sim junto a necessidade de garanti-lo". O Princípio da Presunção de Inocência tem conexão com o princípio do *In Dubio Pro Reo*, pois os dois fazem uma inversão do ônus da prova, ou seja, será de responsabilidade do acusado a produção de provas que fará o juiz convencer-se da inocência do acusado, e na possibilidade de não obter êxito, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

magistrado interpretará de forma em que favoreça o acusado, sendo presumida, então, a inocência do mesmo.

Explica Lopes Jr. (2020, p. 592):

> Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada).

É muito importante salientar que este princípio assegura que o processo penal seja íntegro, tendo em vista que, além de garantir a inocência do acusado, gera o benefício da dúvida quanto à culpabilidade do réu. Além disso, tem o poder de absolver o acusado quando ocorrer a prescrição do processo, assim como invalidar o mesmo se haver vício.

4 A QUEBRA DA IMPARCIALIDE DO JUIZ

4.1 Teoria da Prova dentro da imparcialidade

Ao construir a figura do juiz, ultrapassando todas as críticas do grande sistema inquisitório é necessário destacar todos os deveres, princípios e imperfeições desse julgador. Logo, deverá se ter o rompimento do juiz inquisidor e focar no juiz humano que não detém do poder de extrair a verdade do processo, pois, assim, é desenvolvida toda uma atividade de reconstrução do fato, na produção de provas, interpretação e argumentação.

Para melhor esclarecer, Lopes Júnior (2020, p. 558), exterioriza: "As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer psicologicamente o juiz (função persuasiva)."

No contexto do sistema acusatório, a doutrina vem defendendo um novo papel do juiz no processo penal. Alguns doutrinadores já explicitaram sua defesa que o magistrado deve manter toda a neutralidade e parcialidade voltado para a postura objetiva, na qual o mesmo recolhe a reconstrução dos fatos, bem como as provas produzidas para futuramente julgar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na própria Constituição de Federal, tem-se diversos princípios divergindo de doutrinadores e trazendo harmonia. Para termos como embasamento Coutinho (2009) cita sobre o grande rito judiciário e a atividade cognitiva do juiz, "[...] a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto". O juiz desconhece o fato, porém quando devidamente reconstruído, o magistrado tem poder para dar início ao andamento do processo, a partir da autorização das partes.

A reconstituição dos fatos para o processo tem, além disso, influência quanto ao sistema acusatório e funda-se mais uma vez no princípio do dispositivo, haja vista que este defende que a gestão da prova ficará a cargo das partes. Seguindo o argumento de que uma das finalidades do processo penal é a procura da verdade real dos acontecimentos, e que a prova é um dos caminhos pelo qual essa verdade se reconstrói, é preciso, em primeiro lugar, verificar se o magistrado no momento em que participar da instrução probatória estaria contrariando o princípio da imparcialidade.

Esta condição é identificada por Santos (2019), quando reafirma que, ao esclarecer os fatos a fim de dar verdade a estes, como também avaliar a credibilidade das testemunhas que presenciaram o acontecido, se com a intervenção do magistrado, a imparcialidade é questionada quanto a sua passividade se é absoluta ou não. Dessa forma, mais uma vez a imparcialidade do juiz no processo tem influência do sistema acusatório, bem como na própria neutralidade desse magistrado.

Diante disso, quanto à inciativa para a produção de provas, o princípio do dispositivo destaca que o juiz precisa esperar que as partes tomem inciativa para que ele possa estabelecer sua convicção. Logo, uma parte da doutrina afirma que, caso o juiz atue *ex officio,* ele estaria se desprendendo de sua imparcialidade ,e consequentemente, acabaria dando privilégio a uma das partes em prejuízo da outra.

Imerso nessa conjuntura, segundo Ritter (2016, p.174):

> E se assim o é, não é difícil de se entender aonde se quer chegar no que se refere aos poderes instrutórios do magistrado. Em suma, como ser humano comum, se o juiz tomar qualquer decisão de ofício, seja em benefício da tese acusatória ou defensiva, restará vinculado (ainda que possa reverter o quadro) a esta decisão, e buscará involuntariamente a sua manutenção, superestimando novas informações que possam confirmá-la e subestimando outras que a contrariem, para não ampliar a

> dissonância cognitiva pós-decisória, estado psicológico que lhe é incômodo. Aí reside o problema.

Baseado nisso, é indispensável que se fala sobre o conceito dessa imparcialidade ou que se aproxima dela. Desta maneira, Santos (2019, p.14), afirma:

> A primeira aproximação ao conceito de imparcialidade se concentra na exigência de que o juiz não seja parte no processo, e sim um terceiro fora da disputa: um terceiro que não é parte no conflito e ocupa uma posição transcendente com relação às partes. Junto com isso, ressalta-se que a imparcialidade exige que o juiz, em sua decisão, não tome partido em favor de nenhuma das partes. Isto significa que não tenha relações com nenhuma das partes e que não realize atos que revelem uma posição prévia em relação ao assunto chamado a decidir.

Com isso, a ação do juiz deve ser comparada com a neutralidade, pois a imparcialidade se funda nas circunstâncias objetivas do caso, não podendo haver interferência de terceiro, ou seja, do magistrado.

Nesse panorama, para melhor argumentar quanto a parcialidade, o juiz ao atuar no processo é chamado de garantidor, ou seja, mantém sua neutralidade para que ao final do processo haja proporcionalidade na sua decisão.

> A imparcialidade fortalece a imparcialidade, pois não ser parte contribui definitivamente para atuar com afastamento. Nesse sentido, a estrutura triangular do processo judicial consagra um sistema de separação do juiz em relação às partes ativa e passiva, mantendo uma separação orgânica entre ele e os órgãos privados ou públicos de acusação ou defesa. (LOPES JUNIOR, 2016, p. 60)

A Constituição Federal de 1988 propõe que, o princípio da imparcialidade é idealizado na etapa destinada à produção de provas, sendo determinada a igualdade entre as partes, e a neutralidade do magistrado e proporcionalidade na futura decisão deste. À guisa disso, Marques (2007) deixa claro que o juiz não tem autoridade para propor provas mesmo que a iniciativa do mesmo seja restrita ao órgão de acusação e que a atividade probatória do magistrado é limitada.

Ressalta-se, ainda, que a aplicação do princípio do dispositivo de forma parcial dentro do processo penal, uma vez que adotada, a atividade probatória do magistrado fica reduzida. Não só pelo princípio citado como também pelo próprio artigo 156 do Código de Processo Penal, no qual regulamenta de quem é a responsabilidade da prova.

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
>
> I - Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
>
> II - Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Desse modo, no que se refere à coerência da restrição da atividade probatória do magistrado, acredita-se que o termo "determinar de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante", é uma forma de interpretação restritiva.

4.2 Ocorrência da Quebra da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade do Julgador é requisito da relação jurídica processual e a sua quebra gera suspeição do Juiz devendo ser arguida pelas partes. Nesse sentido, Damásio Jesus afirma que a suspeição deve ser fundamentada dada a relevância do instituto processual em causa, que foi estabelecido pelo legislador não somente no interesse das partes, mas da justiça. (JESUS, 2005).

A imparcialidade são dogmas internacionais, apoiados pelo Artigo 8 da Convenção de San José da Costa Rica e Artigo 10 da Declaração de Direitos Humanos. Foi aprovado no Brasil com status de Emenda Constitucional, (nº 45). Ao tratar da proteção judicial do réu contra a parcialidade dos juízes, os tratados e as normas internacionais são muito claros a esse respeito, pois têm uma influência decisiva em nossas leis mais amplas e fazem com que as pessoas tenham uma atitude justa em relação ao resultado final da Constituição.

Na prática ocorre a quebra da imparcialidade do juiz quando o juiz se propõe a ser justo, mas destaca suas preferências ao tomar uma decisão. Isso pode ocorrer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

caso o juiz não adote o sistema acusatório, que é o sistema que mais se aproxima de uma democracia.

Cabe pontuar, ainda, que tanto o código de ética da magistratura quando o código de processo civil proíbem a quebra da imparcialidade. Um exemplo sobre a quebra dessa imparcialidade foi o processo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que foi condenado e dois anos depois foi provado a quebra da imparcialidade do juiz em seu processo, conforme será possível observar no próximo tópico.

4.3 Análise jurisprudencial de casos reais da quebra da imparcialidade do juiz e impactos de decisões que tiveram o juiz parcial

Conforme o STF (2021) a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, concedeu Habeas Corpus (HC 164493) para reconhecer a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro na condução da ação penal que culminou na condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro referentes ao tríplex em Guarujá (SP). A maioria do colegiado seguiu o voto divergente do ministro Gilmar Mendes para determinar a anulação de todas as decisões de Moro no caso do tríplex do Guarujá, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, por entender que ele demonstrou parcialidade na condução do processo na 13ª Vara Federal de Curitiba (PR).

A defesa solicitou a anulação do processo penal relacionado ao tríplex e demais ações que o ex-presidente respondeu em Curitiba. Diante desse cenário, os fatos do Ministério da Justiça de 1º de janeiro comprovaram sua preferência em revelar ao presidente que ele queria agir durante todo o processo por motivação política.

De acordo com o STF (2021) houve quebra da imparcialidade pois segundo a Ministra Carmen Lúcia, no decorrer do trâmite, foram apensados ao processo elementos de prova que, a seu ver, demonstram ter havido combinação entre os autores processuais – juiz e acusação – que comprovam a quebra de imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro. Entre eles, citou a "espetacularização" da condução coercitiva de Lula, sem intimação pessoal prévia, junto com outros atos presididos pelo então juiz durante o trâmite processual.

Ademais, na sua avaliação, a interceptação telefônica dos advogados do ex-presidente, antes da adoção de outras medidas, representou expansão de quebras do direito que tornam impossível a defesa. A seu ver, a divulgação de conteúdo selecionado dos áudios captados transgrediu o direito a um julgamento imparcial.

"Todos têm direito a um julgamento justo. Nenhum ser humano tem o direito de se sentir perseguido". (STF, 2021).

Por fim, a ministra destacou que a decisão só vale para Lula, porque parte da atuação do juiz está relacionada apenas ao ex-presidente. Ela também destacou que seu voto não levou em consideração as conversas veiculadas na imprensa entre ex-juiz Sérgio Moro e o promotor da Lava Jato, que não constavam dos autos.

Outro caso ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, no qual envolveu um veículo que foi apreendido em razão de solicitação pessoal e verbal da parte ré, acarretando na suspeição do juiz. A ré confessou que, através de um mero telefonema, tentou viabilizar, informalmente, um acordo com o Advogado do banco credor a fim de liberar o veículo, outrora apreendido por força de ordem judicial por ele mesmo emitido (TJPI, 2014). Com isso foi decidido em exceção de suspeição a conduta processual tendenciosa adotada pelo Juiz em favor da parte Ré/Devedora, provocando inequívoca dúvida acerca dos motivos de ordem pessoal que efetivamente influenciaram na sua decisão, deve ser prontamente recusada, eis que macula a necessária imparcialidade do Juiz, pressuposto processual subjetivo.

Dessa forma, tendo um julgamento com um juiz parcial este é considerado injusto e incorreto porque analisa apenas parte da situação e ignora seu ponto de vista geral. De acordo com o sistema acusatório, os deveres do procurador cabem ao procurador e não ao magistrado. Se uma ação desproporcional for tomada contra os direitos do réu e houver violações em certas circunstâncias, o procedimento deve ser inválido, caso isso não ocorra, inúmeros prejuízos pode acarretar ao acusado, dentre eles inclusive a privação de sua liberdade.

5 CONCLUSÃO

A partir da análise dos tópicos supracitados e com base nas teorias apresentadas, conclui-se que o sistema adotado pelo Brasil é acusatório. Em suma, isso ocorre porque as funções de acusação e julgamento pertencem a órgãos diferentes. Além disso, no Brasil, deve-se destacar que existe um sistema baseado nos princípios constitucionais vigentes, como a autocontradição dos juízes, ampla defesa, propaganda e imparcialidade.

Na estrutura dos tratados e convenções internacionais, bem como na Constituição e nas leis brasileiras, existem normas suficientemente claras e precisas que exigem juízes imparciais tanto no julgamento quanto na condução do processo, sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

esta exigência a base para uma efetiva formação e desenvolvimento das relações jurídicas.

Portanto, o juiz que for considerado imparcial deve ser afastado do procedimento para manter a lei e a relação jurídica acima de qualquer dúvida razoável. Ressalte-se, ainda, que tanto o órgão de defesa quanto o Ministério Público têm o direito de debater as exceções suspeição e impedimento dos juízes, devendo a suspeita fundamentar-se para comprovar todos os fatos e provar que o juiz é parcial.

Dessa forma, com a produção desta pesquisa científica conclui-se que para que haja um julgamento justo e livre de vícios é preciso respeitar os princípios constitucionais do livre convencimento motivado, da imparcialidade e o princípio da presunção de inocência, dentro de um sistema acusatório, só assim o acusado terá seus direitos e garantias preservados pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Magno Vasconcelos. A imparcialidade do juiz. THEMIS: **Revista da Esmec**, v. 3, n. 1, p. 21-51, 2016.

AVENA, Norberto**. Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Encontrado em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm.1969. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. VADE MECUM compacto de Direito: edição federal, São Paulo: Rideel, 11.ed., 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: RT, 2003.

CAPEZ**,** Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista UFPR.** Curitiba. A.30, n. 30, 1998, p. 163-198. Disponível em:

file:///C:/Users/Ros%C3%A2ngela/Downloads/1892-3782-1-PB%20(6).pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, 07/2009. p. 103-115.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. **Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6.ed. Salvador – BA: editora juspodivm, 2011. Vol. 2.

FIGUEIREDO, Simone. **Poderes do Juiz e o princípio da imparcialidade**. Disponível em: https://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade#:~:text=A%20imparcialidade%20do%20juiz%20%C3%A9,magistrado%20exercer%20sua%20fun%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional. Acesso em 28 abr. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 17 ed. Atual. São Paulo: Saraiva. 2005.

LIMA, Adriano Gouveia. **A quebra da imparcialidade como fundamento para exceção de suspeição**. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/a-quebra-da-imparcialidade-como-fundamento-para-excecao-de-suspeicao/. Acesso em: 24 out. 2020.

LOPES Jr, Aury **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. Livro digital (E-

LOPES Jr, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum** Cadernos de Direito, vol. 8, nº16, set.-dez. 2016. Disponível em: https://www.faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397. Acesso em: 24 out. 2020

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O juiz moderno diante da fase de produção de provas: as limitações impostas pela constituição. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** v. 24, p. 159-174, 2007.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de., apud ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 131

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.51.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2016. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262. Acesso em: 24 out. 2020

SANTOS, Leonardo Gonçalves dos et al. **A gestão da prova pelo juiz**: uma análise à luz do sistema acusatório. 2019. Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/644/1/TCCLEONARDOSANTOS.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

SILVA, Diogo Henrique Dias; COELHO, Thiago Gomes. A imparcialidade do juiz no contexto do estado democrático de direito: uma reconstrução possível. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Serro, v. 6, n. 01, p. 147-165, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/ATC.pdf. Acesso em 23 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5417693/habeas-corpus-hc-84580-sp/inteiro-teor-101870519. Acesso em: 23 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1. Acesso em: 23 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ. **Processo. Exsusp 00029421320128180000 PI 201200010029429. Orgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação18/07/2014**. Encontrado em: https://tj-

pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293359994/excecao-de-suspeicao-exsusp-29421320128180000-pi-201200010029429. Acesso em: 25 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

MARCUS VINICIUS PEREIRA DOS REIS: Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

MARIA SOCORRO RODRIGUES COELHO3

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa discorre sobre a imposição legal do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, na qual ocorre a violação dos direitos fundamentais da pessoa idosa. É nítida a discriminação do legislador, ao obrigar essas pessoas a aderir o regime legal de bens, pois impede a autonomia de escolher o regime que mais lhe aprouver, intervindo na vida dos nubentes de dispor de seu patrimônio e de constituir uma família. Dessa forma, evidencia-se que este dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade contidos na Carta Constitucional, discriminado o idoso por conta da sua idade, como descrito no artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002. Objetiva-se analisar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, levando-se em conta que a idade não é um critério de incapacidade do indivíduo, no cerceamento de sua liberdade de escolha. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica com ênfase no método dedutivo. No desfecho, constatou-se a inconstitucionalidade do artigo supracitado, que é incompatível com a norma vigente.

Palavras-chave: Discriminação. Idoso. Inconstitucionalidade.

Sumário: 1. Introdução – 2. Reflexões sobre o regime de bens no sistema constitucional brasileiro. 2.1 Breve apontamentos sobre o direito de família. 2.2 Regime de bens. 3. Análise da inconstitucionalidade do regime de separação legal de bens a luz dos princípios constitucionais. 3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2 Princípio

3 Orientadora. Professora de Argumentação jurídica e hermenêutica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Mestra em Letras pela Universidade Federal do Piauí-UFPI. Doutoranda em Direito e políticas públicas pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB. r

da igualdade. 3.3 Princípio da liberdade. 4. A inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A desconstrução dos estereótipos sociais é uma tarefa árdua na sociedade hodierna, constata-se esse fato especialmente ao tratamento que proporcionamos aos idosos, ao relacionar expressões pejorativas como "inutilidade", "invalidez" e "caduquice". É preciso salientar que a idade avançada não gera dependência4, pois é de fundamental importância compreender o ciclo da vida e, consequentemente, adentrar o processo de envelhecimento.

Nota-se o aumento na expectativa de vida nas pessoas que passam dos 60, 70, 80 anos, devido a inúmeros motivos tais como quedas significativas na fertilidade, progressos científicos, acessibilidade aos medicamentos.5 Ressalvando o conhecimento, a longevidade dá um novo significado ao papel do idoso, quebrando as amarras dos paradigmas estruturais de que as pessoas da terceira idade só se aposentam; o idoso contemporâneo é desprendido, analisado sob a ótica de constituir uma família, iniciar uma carreira ou dar prosseguimento à sua preparação educacional.

Com uma melhor qualidade de vida em relação à saúde e bem-estar, esses idosos estão vivendo franco crescimento e multiplicando os vínculos afetivos na terceira idade, a exemplo do casamento e união estável, vale ressaltar que os idosos na atualidade são completamente dessemelhantes dos idosos de outros tempos.6 O governo, que deveria salvaguardar a instituição da família, ao invés de incentivar o casamento, parece castigar estas pessoas, agindo muito mais como um interventor do que como um protetor.

4 RELATÓRIO MUNDIAL DE ENVELHECIMENTO E SAÚDE. Organização Mundial da Saúde: Genebra, 2015. Disponível em: <http://sbgg.org.br/wpcontent/uploads/2015/10/OMS-ENVELHECIMENTO-2015-port.pdf> Acesso em: 06/03/2021

5 CORREA, Mariele Rodrigues, Cartografias do envelhecimento na contemporaneidade [livro eletrônico]: velhice e terceira idade / Mariele Rodrigues Correa. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p.23

6 REDE DE SUPORTE SOCIAL E ENVELHECIMENTO: instrumento de avaliação / Marisa Accioly Rodrigues da Costa Domingues, Yeda A. O. Duarte. -- São Paulo: Blucher, 2020, p.9

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A pesquisa científica discute a inconstitucionalidade da vedação à escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos no art. 1641, inciso II do Código Civil7. Pretende-se comprovar que a proibição dá pregorrativa aos aspectos patrimoniais, reverbera na perda do princípio da autonomia da vontade, e reflete na liberdade individual. Para tanto, expõem-se as apreciações doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir examinar se a vedação à escolha de regime de bens aos maiores de setenta anos mais salvaguarda o indivíduo ou o restringe.

A cristalina Constituição Federal de 19888, em seu art. 5º, consignou que todos são iguais perante a lei e que não podem ter tratamento distinto de qualquer natureza. Definiu como invioláveis para todos os cidadãos o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade. Também deu destaque à proteção da dignidade, intimidade e outros aspectos.

No Estatuto do Idoso9, em seu art. 2º, definiu-se que o idoso tem o direito a usufruir a todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana constantes na Constituição Federal de 1988, sendo vedados quaisquer atos que gerem prejuízos aos seus direitos, bem como a sua proteção integral.

O presente artigo tem como objetivo discutir a violação dos princípios constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana, à autonomia da vontade, violação à liberdade e ao princípio da afetividade em razão da idade, restringindo o idoso e tratando como incapaz, sendo que a legislação compreende que o mesmo não pode escolher o regime de bens que regulará as relações patrimoniais de seu casamento.

2 REFLEXÕES SOBRE O REGIME DE BENS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 06/03/2021.

8 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/03/2021

9 BRASIL. Lei N. 10.741, de 1o de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 06/03/2021

A princípio, nesse capítulo é a análise do Direito de Família, apresentando o conceito do termo família, tais como sua delimitação conceitual e histórica, dando ênfase no regime de bens no ordenamento jurídico, apresentando os princípios fundamentais e os tipos de regime previstos no Código Civil, sobre o enfoque da obrigatoriedade do regime de separação total de bens.

2.1 Breve apontamentos sobre o direito de família

A família é uma instituição social, portanto, histórica, dessa maneira se transforma no tempo de acordo com as mudanças sociais, econômicas, com a composição das próprias populações e muda no espaço, ou seja, a família é diferente em diversos lugares no mundo. Em virtude disso a família é o alicerce da sociedade e o eixo indispensável para organização social.

A Constituição Federal e o Código Civil não definem o conceito de família, desse modo a compreensão conceitual de família em sua natureza e extensão variam conforme o ramo. Nessa perceptiva, no instante em que duas pessoas decidem constituir um novo arranjo familiar, há uma série de determinações, de requisitos necessários à celebração do casamento.10

Vê-se a seguir o que diz o artigo 226 da Constituição Federal11:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º - O casamento é civil e gratuito a celebração.
>
> § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
>
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.17

11BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/03/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Diante disso, sempre se acredita que a maior missão do Estado é preservar a entidade familiar, respaldar seu alicerce. A família é uma estrutura pública e uma relação privada, pois confirma que o indivíduo faz parte do vínculo familiar e participa do meio social. Os direitos familiares que envolvem todos os cidadãos revelam-se como uma fragmentação da vida privada.12

A Magna Carta manifesta-se na marcante transformação no reconhecimento das famílias, neste sentido, começou a considerar outras possibilidades de constituir família, expandindo sua concepção e dando importância a outras relações como entidade familiar, seja esta monoparental, entidade familiar composta por qualquer dos pais e sua prole ou união estável, que segundo o Código Civil, é formada por um homem e por uma mulher desimpedidos de casar, que convivem publicamente como marido e mulher, de forma contínua e duradoura, com o intuito de constituir família. Com essas alterações o conceito de família introduziu a união estável como uma entidade familiar.

Como assevera a doutrinadora Maria Berenice Dias13 o sentimento da afetividade foi admitido como um ponto de reconhecimento da família. Este envolvimento emocional retira o elo do âmbito da lei obrigatória - cujo cerne é a vontade - e conduz à lei das famílias, cujo elemento estruturante é um sentimento de amor, um vínculo afetivo que une as almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos. E com isso emergindo a formalização do casamento, o qual garante direitos e determina deveres no âmbito pessoal e patrimonial. Consequentemente, o casamento se constitui no que chamamos de estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal.

Em virtude do que já foi mencionado, percebe-se que a concepção de casamento vem se consolidando de uma instituição histórica que traz no seu íntimo a

12 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.23

13 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.15

particularidade do legado histórico e imensuráveis causas que se incorporam com o passar dos anos, uma entidade milenar, que reúne preceitos morais, culturais, religiosos e jurídicos. Com o advento da carta constitucional de 1988, o casamento apresenta uma regulamentação contemporânea, sob o prisma constitucional, retratada por inúmeros juristas como ato jurídico, público e complexo, por intermédio do qual o homem e uma mulher instituem uma família com autonomia, manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.14

Neste sentido, posiciona-se o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama15:

> União formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas.

Sobre a temática, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho16 são incisivos ao pontuar que:

> Assim, fixada a sua natureza jurídica, podemos então, com maior segurança, definir o casamento como um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida.

Ante o exposto, a lei explicita a finalidade do casamento no Código Civil art. 1.511, estabelecendo comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Também prevê seus efeitos ao atribuir encargos e ônus ao casal

14 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias / Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.76

15 GAMA apud TARTUCE; Flávio Tartuce. Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p.1779

16 STOLZE, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo; Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p.1771

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(CC 1.565), homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.17

2.2 Regime de bens

O casamento é o ponto central no direito de família. Sua relevância envolve um vínculo entre os cônjuges, que não se restringe apenas a uma questão de emoções, vivências ou sexualidade, mas acarreta em implicações na esfera patrimonial, de tal forma as suas necessidades, suas responsabilidades perante a terceiros, a quem incumbirá a administração de seu patrimônio e de que maneira serão divididos após rompimento da união conjugal. Dessa forma o nexo patrimonial é o que se chama de regime de bens.

Carlos Roberto Gonçalves18 afirma que:

> Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

Flávio Tartuce19 posiciona-se acerca desse conceito da seguinte forma:

> O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar.

Percebe-se que regime de bens compreende o patrimônio que se integra do ativo e passivo, que tão logo se constitui de coisas móveis, imóveis e créditos, e por conseguinte gera as obrigações. Evidencia-se que o mesmo sistematiza os bens existentes no momento do consórcio, aqueles adquiridos durante a vida em comum,

17BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11/03/2021

18 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.485

19 TARTUCE, Flávio Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p.1831

decide os parâmetros do gerenciamento do pecúlio em regra. Assim observa-se a relevância do agente econômico no matrimônio, na união estável, tanto hetero como homoafetiva, todos se sujeitam a um modelo de regime de bens. Isso quer dizer que não existe consórcio sem um regime correspondente.20

Por esse prisma, o regime de bens é o que comanda como se dará a destinação acerca dos bens do casal. É notório na carta constitucional que os cônjuges são livres para definir o que há de melhor em termos de bens, podendo escolher quais serão comunicáveis e quais permanecerão como particulares, dependendo do regime escolhido no momento da celebração do casamento.

Embora existam inúmeros regimes matrimoniais encontrados na legislação dos países modernos, o Código Civil Brasileiro prevê e disciplina apenas quatro: regime da comunhão parcial – arts. 1.658 a 1.666 do CC, regime da comunhão universal de bens – arts. 1.667 a 1.671 do CC, regime da participação final nos aquestos – arts. 1.672 a 1.686 do CC, regime da separação de bens – arts. 1.687 e 1.688 do CC. Constatamos que foi extinto o regime dotal, conhecido como regime dos coronéis, previsto no Código Civil de 1916, o rol não é taxativo, mas exemplificativo, sendo possível criar outro regime, inclusive combinando regras dos já existentes.21

Portanto, existem na carta constitucional três princípios básicos inerentes ao regime de bens: a) o da variedade de regimes; b) o da liberdade convencional; c) o da mutabilidade controlada. 22

O princípio da variedade de regimes permite aos cônjuges ou companheiros que não apenas escolham dentre os quatros regimes primários de bens em vigor no Brasil (comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação total de bens e participação final nos aquestos), além de fornecer uma gama de opções aos cônjuges acerca dos regimes supracitados, oferta a possiblidade de combinação entre os

20 NADER, Paulo. Curso de direito civil - v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: São Paulo: Saraiva, 2012, p.591

21 TARTUCE, Flávio Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2020, p.1856

22 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.485

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nubentes acerca do patrimônio que ambos estão dispostos a oferecer no matrimônio.23

Entende-se como um regime híbrido, pois a liberdade ofertada constitucionalmente, faz com que os cônjuges mesclem o que for de conveniência patrimonial elegendo um novo e distinto regime, obedecendo os princípios da ordem pública e estipulando cláusulas que não atentem a natureza e os fins do casamento.

O princípio da liberdade convencional é respaldado pelo art. 1.639 do Código Civil: "é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver". Conquanto o art. 1.655 dispõe que "é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei". A convenção deve ser celebrada em pacto antenupcial, que também será nulo "se não for feito por escritura pública" (art. 1.653).24

A título de exemplo, reproduz-se o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira25:

> O pacto antenupcial, embora exprima a liberdade contratual dos nubentes, está subordinado a princípios que condizem com a ordem pública, sejam aquelas de cunho patrimonial, sejam as de natureza pessoal e ainda aquelas que atentem contra os bons costumes. No regime legal ora vigente ter-se-ão por inválidas cláusulas que suprimam direitos que a lei assegura a ambos os cônjuges. O sistema do poder familiar não pode ser invalidado no pacto antenupcial, naquilo em que estabelecem normas cogentes.

Nessa perspectiva, se qualquer um dos nubentes for menor de idade, não há impedimento para oficialização do acordo pré-nupcial. A legitimidade está subordinada à consentimento de seu representante legal (CC 1.654). É crucial a

23SCHREIBER, Anderson Manual de direito civil: contemporâneo / Anderson Schreiber. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p.1288

24 BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24/03/2021

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.261

transcrição, na escritura, do consentimento para o casamento (CC 1.537). Por conseguinte, para o casamento, é imprescindível a autorização de ambos os pais ou representantes legais (CC 1.517), mas, para a reiteração do pacto antenupcial, a legislação não faz essa imposição. De maneira que basta o assentimento de apenas um dos genitores que representam o descendente menor para o pacto ter validade. Por conseguinte, ainda que a autorização para o casamento possa ocorrer judicialmente (CC 1.519), a outorga do pacto não pode ser suprida pelo juiz. 26

O princípio da liberdade de escolha do regime, entretanto, admite uma exceção: a lei fixa, imperativamente, o regime de bens a pessoas que se encontrem nas situações previstas no art. 1641 (pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; pessoas maiores de 70 anos (setenta) anos; todos os que dependem, para casar, de suprimento judicial), tornando-o obrigatório27.

Dessarte, o regime da separação legal, nessa situação, tem sua constitucionalidade indagada, por transgredir o princípio da dignidade humana e por causa de uma imposição excessiva do Estado sobre indivíduo tido como maior e apto totalmente para todos os feitos da vivência civil.

Em virtude disso, o princípio da mutabilidade controlada, ao contrário da codificação anterior que constava a imutabilidade do regime de bens, sob a égide do Código Civil de 1916, o art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, possibilita a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressalvados os direitos de terceiros. Constatamos que a devida alteração só pode ser exigida por iniciativa de ambos os nubentes, descartando hipótese de ser feita por um dos cônjuges em processo litigioso.28

26 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.532

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 04/04/2021

28 Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.489

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Salienta-se que o art. 734 do Código de Processo Civil29, regula quanto à alteração do regime, especificando que poderá ser requerida em petição, acordado entre os nubentes, especificando as suas devidas razões e pretensões.

Nessa feita procedimental o Ministério, tomará a sua devida parte no ato do processo, e será publicado edital com prazo de 30 dias. A fim de resguardar suas garantias e direitos como consta § 2º do referido artigo a medida útil, que possibilita aos cônjuges requerer meio alternativo à divulgação, nesse mesmo propósito tomamos as redes sociais, a serviço desse procedimento, com a finalidade precípua que os terceiros que se sintam eventualmente prejudicados com a mudança de regime possam se resguardarem de eventuais prejuízos em decorrência da mudança regimental.30

3 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Por via de regra, a opção pelo qual o regime de bens que vai gerir o casamento, na maior parte dos casos, é livremente escolhido pelo casal e por intermédio do regime que a questão patrimonial será administrada no transcorrer do casamento, e também no seu rompimento em razão de separação ou da ocorrência do falecimento de um dos cônjuges.31

Álvaro Villaça Azevedo32 notório jurista brasileiro menciona que regime legal pode ser facultativo ou obrigatório, no primeiro caso em tela, os nubentes poderão eleger um outro regime, e no segundo quando for imposto pela lei, ou seja, não há necessidade de as partes se manifestarem para a escolha deste regime, pois o próprio termo "separação obrigatória de bens", nesse caso, é obrigatória porque não é uma

29 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 24/03/2021

30 VENOSA, Sílvio De Salvo. Direito Civil: Família. 17.Ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p.345

31 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.545

32 AZEVEDO, Álvaro Villaça Curso de direito civil : direito de família / Álvaro Villaça Azevedo. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 439-440

escolha dos nubentes, mas uma imposição do ordenamento jurídico, cabe salientar legal no sentido de lei, assim sendo separação vinda da lei.33

No ordenamento jurídico existem três hipóteses em que os nubentes são obrigados a aderir à separação legal de bens, nesses casos incidirá o art. 1.641 no qual é obrigatório o regime compulsório no casamento: das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 (setenta) anos; de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.34

Em razão da pertinência temática da referida pesquisa, as pessoas acima de setenta anos ou em sua data limite, o legislador presume que são relativamente incapazes, caracterizando a inconstitucionalidade do texto legal. Nesse caso a limitação da vontade em razão da idade é uma sanção dada pelo legislador ao invés de uma proteção, que percorre na contramão do Estatuto do Idoso. Não há nenhuma fundamentação lógica para essa incapacidade mental dada a tais indivíduos.35

Vislumbramos as justificativas nas demais hipóteses em que o legislador impõe esse regime de bens, afim de proteger o interesse de alguém (CC, 1.641, I)36, é importante frisar que nesse caso em tela a ação é reversível, o juiz pode excluir a dita apenação (CC, 1.523)37.

Aos idosos não é dada essa oportunidade, essa imputação da incomunicabilidade patrimonial é absoluta, não tem nenhuma possibilidade de reversão, como é oferecida no artigo já citado acima, mesmo que ambos os cônjuges

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.244

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 04/04/2021

35 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.546

36 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 04/04/2021

37 Ibidem

se amem, que tenham capacidade mental para se matrimoniar, a lei é implacável ao impor o regime.38

Nesse sentido, Rolf Madaleno39 dispõe que:

> Ao impor a proibição da livre escolha do regime de bens aos que casam com mais de 70 anos, alterado que foi o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, pela Lei n° 12.344, de 09 de dezembro de 2010, a legislação vigente inibe a posterior alteração do regime de bens em pedido judicial conjunto dos cônjuges, porque então estaria abrindo a porta de acesso à fraude à lei, cujos direitos subjetivos está tentando proteger ao acreditar que qualquer casamento de pessoa septuagenária decorre muito mais de interesses econômicos e financeiros do que afetivos.

Resta evidente que a proibição de escolher o regime de bens tendo como fundamento o critério etário é uma forma de discriminação, é mister frisar que é um absurdo o legislador estabelecer um critério etário, no intuito de proteger o idoso do famoso "golpe do baú", pois essa justificativa só resguardaria uma parcela elitista, diante dessa afirmação legal, a grande parte da população idosa ficaria à mercê dessa sanção. Essa interpretação constitucional é uma violência sem limites, no que diz respeito ao princípio da isonomia que é caracterizado por uma interdição parcial dos direitos em relação pessoa idosa.40

Nesse sentido destaca Paulo Lobo41:

> A difusão vulgar do chamado "golpe do baú" máscara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime

38 ARAUJO Júnior, Gediel Claudino de; Prática no direito de família / Gediel Claudino de Araujo Júnior. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2016, p. 57

39 MADALENO, Rolf; Direito de Família / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.160.

40 STOLZE, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo Manual de direito civil – volume único / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p.1909

41 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias / Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.235

> não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material. Nosso direito tem como regra de ouro a proibição de aquisição de direitos relativos à herança de pessoa viva. Assim, entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência.

Acompanhando esse mesmo entendimento Maria Berenice Dias42 diz:

> O mais curioso é que pessoas com deficiência podem casar (CC 1.550 § 2.º), manifestando sua vontade por meio de seu representante, sem qualquer restrição quanto ao regime de bens. Mas o fato de alguém ter mais de 70 anos, ainda que seja absolutamente capaz, não tem a mesma liberdade.

Nesse interim, compreendemos na ótica principiológica, que o dispositivo é inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana. A sua construção conceitual começa a partir da 2º Guerra Mundial, quando houve um consenso em torno da ideia da condição humana que deveria ser protegida com primazia em relação a todas as ordens jurídicas, que não deveria existir uma norma que não se considera a condição humana como topo no ordenamento.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A declaração dos direitos humanos de 1948, incorporou a ideia do princípio da dignidade da pessoa humana expressando que o referido princípio irradia todos os demais princípios, de forma tal que é o valor principal da ordem jurídica. O princípio traz consigo um valor síntese da condição humana, portanto, não é um atributo específico da condição humana é apenas um resultado da soma de todos esses atributos, ou seja, uma cláusula geral que permite uma releitura da ordem jurídica brasileira da condição do ser humano, que valoriza as diferentes manifestações do humano. 43

---

42 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.1108

43 MORAES, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p.35

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal44 dispõe em seu art. 1º, III:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III – a dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana permite uma releitura de todos os institutos jurídicos, ou seja, a mesma condiciona a tutela jurídica em diversas situações. Em síntese, tal princípio é uma ferramenta de defesa para a humanidade, de tal sorte que os juízes devem aplicá-lo diuturnamente, o juiz deve dar um tratamento equânime às partes, a população carece de um tratamento desigual, porque o princípio da isonomia e da igualdade, exige um tratamento desigual para pessoas desiguais.

Constata-se que o princípio da dignidade humana alcança todas as pessoas sem levar em consideração a sua idade, uma pessoa de 70 (setenta) anos ou mais é digna de merecer a mesma segurança que garante a Constituição Federal de 1988. Jamais há de se discutir em distinção à opção do regime de bens no matrimônio, o impedimento imposto pela lei há de ser compreendido como discriminação. Compreende-se que a busca pela proteção dos direitos fundamentais é de suma importância para resguardar a dignidade da pessoa humana, que a principal finalidade é a preservação da dignidade do homem, por isso princípio máximo de nossa Constituição Federal45.

Nas palavras de Maria Berenice Dias46:

> O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. [...] representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais,

44 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2021

45 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.1102

46 Ibid., p. 73

> mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Nessa linha de compreensão o Estatuto do Idoso47 em seu Art. 10 nos dá o seguinte posicionamento:

> Art. 10 É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.
>
> § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos.
>
> I - faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
>
> II - opinião e expressão;
>
> III - crença e culto religioso;
>
> IV - prática de esportes e de diversões;
>
> V - participação na vida familiar e comunitária;
>
> VI - participação na vida política, na forma da lei;
>
> VII - faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.
>
> § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

47 BRASIL. Lei N. 10.741, de 1o de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 17/04/2021

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana envolve uma garantia mínima de proteção social, condições materiais para uma vida saudável, ou seja, uma vida digna. Não nasce da norma positivada, de convenção social, pelo contrário, é algo imanente à natureza do homem. O princípio da dignidade da pessoa humana é a igualdade entre as pessoas. Este é um dos seus fundamentos, que tem como objetivo os interesses dos indivíduos independentes de raça, gênero, capacidade de satisfação que são comuns a todos, a luta pelo princípio mínimo de igualdade48.

De igual maneira tem uma função orientadora, isso quer dizer que mesmo com a norma criada, a forma como executá-la não pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, então tal princípio serve de orientação à atuação jurídica. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce uma função crítica, de outro modo, tudo que pensamos, fazemos, do ponto de vista do indivíduo e da sociedade deve ser filtrado pelo critério do princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer conduta do homem na sociedade e para consigo mesmo, deve passar pelo crivo da dignidade da pessoa humana.

3.2 Princípio da Igualdade

A sociedade capitalista reduz o ser humano, de certa forma, a um agente produtivo, a importância do homem se dá, a partir do que o mesmo produz. Nesse interim, o idoso quando se aposenta, encerra suas atividades profissionais, acaba saindo desse núcleo de vida, ou seja, pouco a pouco vai se afastando daquilo que construiu ao longo dos anos. Perde seu vínculo com a sociedade capitalista e a partir desse momento a vida, sua existência deixa de fazer sentido.

No que concerne ao Princípio de Igualdade, Maria Berenice Dias49 assevera:

> Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia

48 SCHREIBER, Anderson Manual de direito civil: contemporâneo / Anderson Schreiber. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p.142

49 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.76

> central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira- se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades.

Além disso, relata Gilmar Ferreira Mendes50 que:

> O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

Compreende-se que as condições de desigualdade expõem o idoso como o ser desvalorizado e excluído da sociedade, trabalha a vida inteira, chega um momento da vida que não tá mais produzindo, melhor dizendo não está trabalhando, "não serve", o mesmo é excluído. Essa visão descartável do capitalismo em relação ao idoso, que o enxerga como um agente que não produz, é um tanto injusto. De forma alguma o idoso é inútil para a sociedade, pois durante muito tempo acumulou sabedoria e que muitas vezes as pessoas aprendem coisas que estão ligadas diretamente a essência da vida.

3.3 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade garante a autonomia, ou seja, os conjugues são livres para contrair matrimônio, divorciar-se, e o mais importante a ser mencionado, ter o direito de escolha no regime de bens. Nesse sentido, a liberdade é um valor fundamental ao ser humano em virtude disso é indispensável que se considere o que a Constituição Federal deixa em evidência, que ninguém pode ser discriminado em

50 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva,2020, p.346

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

função do seu sexo ou da sua idade. O princípio da liberdade, traz ao indivíduo a chance de conduzir a própria vida.

Neste sentido, pondera Fábio Ulhoa Coelho51:

> É inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana. A doutrina já tem assentado o entendimento pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC (CHINELATO, 2004, p.289/291), embora a jurisprudência ainda titubeie a respeito do tema (CAHALI, 2004, p.167/18)

Deve-se ressaltar também, que a separação compulsória de bens para maiores de 70 anos, conflita com o princípio da emocionalidade. Na verdade, instituição familiar tinha sua visibilidade em torno do vínculo que se concluía na formação patrimonial, esta representação familiar, frente a valores sociais em constante mutação, é rompido e substituído pelas relações baseadas em sentimentos e, segundo este modelo, procura promover o desenvolvimento dos nubentes num ambiente que favoreça a unidade e a valorização humana52.

De igual modo, a imposição da separação de bens é uma afronta ao princípio da intimidade, que tem uma grande aproximação com o princípio da liberdade, posto isto, obrigar um casal a um regime de bens é apoderar-se da vida intima do casal que é único responsável de resolver acerca da divisão patrimonial, retirando a competência dos cônjuges a decidir sobre quesitos específicos da vida íntima do casal.

A família moderna é formada pela inspiração e pelo desejo da felicidade, ela tenta preservar o espaço pessoal e vai contra o autoritarismo do legislador. Nesse caso,

51 COELHO, Fábio Ulhoa Curso de direito civil : família, sucessões,volume 5 [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. --2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p.60

52 FARIAS apud PRIMO. Kelly Gonçalves Primo. Uma nova proposta sobre o regime de separação obrigatória de bens dos septuagenários. Revista do CAAP, Belo Horizonte n. 1, v. XVIII, 2012, p.13

é inaceitável que a idade possa servir de restrição à liberdade e ao direito à felicidade, mesmo que seja um avanço na proteção patrimonial. Dito isto, vai na contramão do princípio da liberdade as tentativas de justificar as limitações de capacidade de agir das pessoas unicamente pautado no critério da idade, presumindo por regra geral a falta de capacidade da pessoa idosa, restringindo a vontade, ou seja, a liberdade de escolha, ao passo de impor a lei a proibição de que o mesmo não pode dispor livremente de seus bens53.

Nesse feito, resta imperante pensar no idoso e se despir dos preconceitos enraizados na nossa sociedade de que o idoso pertence a um grupo homogêneo e de pessoas incapazes de contribuir economicamente, pois nem todas as pessoas idosas são iguais, têm realidades distintas, discriminar o casamento aos septuagenários é presumir a incapacidade e que são presas fáceis de um matrimônio que não é fundamentado no sentimento e que é por interesses de seus bens54. Não cabe ao Estado fazer essa análise e sim ao idoso como sujeito de direitos e apto a dispor livremente de seus bens.

O Estatuto do Idoso preconiza ser obrigação do Estado e da sociedade propiciar ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade de obrigações, como valores essenciais à pessoa humana, indivíduos naturais de direitos e obrigações. A mera discriminação cronológica estabelecida em infundadas argumentações, deixa à mercê a proteção que tem como objetivo assegurar ao idoso um tratamento igual, no que diz respeito suas garantias fundamentais. A intervenção nos direitos do idoso só se justifica quando suas faculdades intelectivas realmente estiverem comprometidas, hipótese aceitável, e não nessa interpretação tendo como presunção cronológica de forma aleatória de incapacidade55.

Paulo Lobo reporta que o indivíduo é livre para escolher, sobretudo a pessoa idosa, tem autonomia de constituição e realização de entidade familiar, sem restrições externas de parentes, sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do

53 MADALENO, Rolf; Direito de Família / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.148

54 SÉGUIN apud MADALENO. Direito de Família / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.148

55 PERLINGIERI apud MADALENO. Direito de Família / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.148

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

patrimônio familiar, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; a liberdade de agir, fundada no que diz respeito à integridade física, mental e moral. Desse modo, nota-se que a Constituição Federal garantiu a liberdade de escolher o planejamento familiar com base no princípio da igualdade, a qual ambos estão ligados intrinsecamente56.

Observa-se que o princípio da liberdade não é estático, pois existe uma reinvenção constante dos grupos familiares, assim, não faz mais sentido ao Estado o papel de intervir na liberdade com uma lei limitadora, a qual impede os cônjuges maiores de 70 anos de escolherem livremente o regime matrimonial de bens.

Por esse viés, constata-se que o direito de família lida com pessoas, que são dotadas de sentimentos, de medos e inseguranças, cabendo ao Estado adequar a justiça à vida de tais indivíduos, e não engessar a vida desses indivíduos dentro das normas jurídicas. Pois há um retrocesso legal e uma opressão ao livre exercício da liberdade. É necessário respeitar a dignidade, a liberdade e a igualdade de todos57.

Rolf Madaleno diz se tratar de uma medida extremada o impedimento ao regime de bens das pessoas maiores de setenta anos e faz uma análise do regime da comunhão parcial de bens, pontuando que se esse regime é justo para todos os cônjuges de todas as outras idades, porque deixaria de ser justo para os septuagenários, quando estes apenas estariam dividindo bens adquiridos na vigência matrimonial, desse modo, nada impede um cônjuge acima de 70 anos de comprar um bem em nome de seu nubente ou de fazer uma doação de bens exclusiva de seu patrimônio58.

Assim, a nossa carta magna se preocupou em instituir um regime democrático que tem como sustentação excluir discriminações de qualquer ordem, levando em conta a liberdade especial conferida ao direito de família, com isso a liberdade individual deve ser respeitada.

56 LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias / Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.49

57 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016, p.15

58 MADALENO, Rolf; Direito de Família / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.150

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

A linha tênue que separa os indivíduos dos seus direitos é percebida quando existem princípios norteadores que dão legitimidade aos indivíduos, mas na falta dos princípios fundamentais esses direitos não são concretizados. Em virtude disso, o art. 1.641 inciso II59, deixou de levar em consideração tais direitos, discriminando a pessoa idosa, ultrapassando os princípios fundamentais, gerando um abismo entre o idoso e a garantia da autonomia, o qual irá repercutir em sua vida matrimonial. O artigo em questão traz em seu bojo, como descreve bem a doutrinadora Maria Berenice Dias60, um desprestígio e desvalia ao idoso, carregado de estereótipos, improdutividade profissional, na qual a velhice seria estágio final ou terminal do idoso.

A Constituição de forma clara e concisa veta qualquer forma de discriminação em razão da idade, e assegura o devido direito à pessoa idosa, como a adoção de políticas públicas inclusivas, para não deixar à mercê o grupo de idosos, com sua vulnerabilidade e indefensibilidade. A carta constitucional61 já possibilitava em seu texto, especificações de cunho protetivo ao idoso, em seus artigos 229 e 230.

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
>
> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

59 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 17/04/2021

60 DIAS apud MADALENO; Rolf; Direito de Família / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.142

61 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17/04/2021

> § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Destarte, a efetividade dos direitos previstos na constituição reflete em todo contexto estatal e familiar, gerando uma responsabilidade em que todos os indivíduos se encarreguem na efetividade das atividades, não tratando o idoso como incapaz, mas buscando tornar eficazes os direitos individuais e as garantias fundamentais das pessoas septuagenárias. Nesse interim, o art.1641 inciso II do código civil de 2002, perpetua uma discriminação ao reduzir a capacidade do septuagenário em eleger o regime de bens.

Nessa esteira, constata-se que no âmbito dos diretos humanos na qual a tutela humanitária aos idosos já é vista como uma realidade próxima, existem diversas resoluções e conferências, muitas inclusive propostas pelo Brasil, reconhecendo o critério da idade como motivo explícito e simbólico de discriminação que afeta o exercício dos direitos humanos na velhice e que as pessoas idosas necessitam de especial atenção do Estado 62.

Destaca-se a Carta de San José sobre os Direitos dos Idosos de América Latina e Caribe63, traz importantes previsões entre as quais se destacam:

> Adotar medidas adequadas, legislativas, administrativas ou de outra índole, que garantam às pessoas idosas um tratamento diferenciado e preferencial em todos os âmbitos e proíbam todos os tipos de discriminação contra delas.
>
> Fortalecer a proteção dos direitos das pessoas idosas por meio da adoção de leis especiais de proteção ou a atualização das já existentes, incluindo medidas institucionais e dos cidadãos que garantam sua plena execução.

62 Mazzuoli, Valerio de Oliveira Curso de direitos humanos / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.307

63 Carta de São José sobre os direitos das pessoas idosas da América Latina e do Caribe. Adotada na terceira Conferência regional intergovernamental sobre envelhecimento na América Latina e no Caribe, realizada em São José da Costa Rica, de 8 a 11 de maio de 2012. Disponível em:<http: https://fiapam.org/wp content/uploads/2013/06/CartadeSanJosePortugues.pdf> Acesso em: 17/04/2021

Observa-se que o artigo 1.641 inciso II, viola os direitos humanos, pois atenta contra os direitos dos septuagenários em sua autonomia, que não necessita de qualquer interferência Estatal. Consequentemente, transgride os princípios constitucionais e desconsidera, precipuamente, o Estatuto do Idoso que elenca os direitos à pessoa idosa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, as normas devem estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988, uma norma que não leve em consideração a CF/88, é inconstitucional, ou seja, fica evidente que o Inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil de 2002 é incompatível com a ordem jurídica vigente e não deve continuar cerceando a liberdade de idosos com plena capacidade de decidir acerca do regime de casamento que desejam. É imperante a observância ao princípio da dignidade humana, da autonomia da vontade, da liberdade, afinal vive-se em um Estado Democrático de Direito e limitar a capacidade de um cidadão é atentatório à manutenção dessa democracia.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Júnior Gediel Claudino de; **Prática no direito de família** / Gediel Claudino de Araujo Júnior. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016

AZEVEDO, Álvaro Villaça; **Curso de direito civil: direito de família** / Álvaro Villaça Azevedo. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 06/03/2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06/04/2021

_____. **Lei N. 10.741, de 1o de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 06/03/2021

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil Brasileiro**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 24/03/2021

Carta de são josé sobre os direitos das pessoas idosas da américa latina e do caribe. Adotada na terceira conferência regional intergovernamental sobre envelhecimento na américa latina e no caribe, realizada em são josé da costa rica, de 8 a 11 de maio de 2012. Disponível em:<http: https://fiapam.org/wp content/uploads/2013/06/CartadeSanJosePortugues.pdf> Acesso em: 17/04/2021

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil : família, sucessões, volume 5** [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. --2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020

CORREA, Mariele Rodrigues. **Cartografias do envelhecimento na contemporaneidade [livro eletrônico]: velhice e terceira idade** / Mariele Rodrigues Correa. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** / Maria Berenice Dias. – 4. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Revista dos Tribunais, 2016

DOMINGUES, Marisa Accioly Rodrigues da Costa; DUARTE, Yeda A.O. **Rede De Suporte Social E Envelhecimento**: instrumento de avaliação / São Paulo: Blucher, 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

LÔBO, Paulo**. Direito civil: volume 5: famílias** / Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MADALENO, Rolf; **Direito de Família** / Rolf Madaleno. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; **Curso de direitos humanos** / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p.307

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, GONET, Paulo Gustavo; **Curso de direito constitucional**. 15ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva,2020

MORAES, Alexandre de; **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017

NADER, Paulo. **Curso de direito civil - v. 5**: direito de família. Rio de Janeiro: São Paulo: Saraiva, 2012

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, Caio Mário da Silva**, Instituições de direito civil – Vol. V** / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

PRIMO. Kelly Gonçalves Primo. **Uma nova proposta sobre o regime de separação obrigatória de bens dos septuagenários**. Revista do CAAP, Belo Horizonte n. 1, v. XVIII, 2012

RELATÓRIO MUNDIAL DE ENVELHECIMENTO E SAÚDE. Organização Mundial da Saúde: Genebra, 2015. Disponível em: <http://sbgg.org.br/wpcontent/uploads/2015/10/OMS-ENVELHECIMENTO-2015-port.pdf> Acesso em: 06/03/2021

SCHREIBER, Anderson**; Manual de direito civil: contemporâneo** / Anderson Schreiber. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

STOLZE, Pablo ; Pamplona Filho, Rodolfo**; Manual de direito civil – volume único** / Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

TARTUCE, Flávio; **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito Civil: Família**. 17.Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

www.conteudojuridico.com.br

A LEGALIDADE E A POSSIBILIDADE DA UNIÃO POLIAFETIVA FACE AS SUAS DIFICULDADES PARA SER RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANDREWS BARBOSA VALENTE: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a legalidade e a possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva. Metodologicamente, os meios de coleta utilizados serão realizados de forma qualitativa, analisando posicionamento e as justificativas adotas nos tribunais e tecer apontamentos sobre estes entendimentos. A relevância da pesquisa se assenta as mudanças dos costumes das pessoas na constituição de sua família, a sua forma de viver e de se relacionar com quem bem entender, surgindo-se, portanto, o Direito para regulamentar estas práticas, concedendo proteção legal aos seus atos. Dividiu-se a pesquisa em 06 itens, quais sejam, conceito de família, a família a partir da união estável, a união poliafetiva, argumentos contrários a união poliafetivo, argumentos a favor da união poliafetiva e a possibilidade do seu reconhecimento.

Palavras-chave: Poliafetivo; Família; União Estável

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. CONCEITO DE FAMÍLIA - 3. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA POR MEIO DA UNIÃO ESTÁVEL - 4. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA - 5. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA - 6. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA - 7. A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA - 8. CONCLUSÃO - 9 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Hoje, é possível constituir uma família com base no art. 226 da Constituição Federal não somente de maneira formal, mas também na modalidade chamada de "União Estável", a qual também está prevista no art. 1723, do Código Civil de 2002, que necessariamente será protegida pelo Estado e consequentemente, o casal terá sua União convertida em casamento.

De forma a acompanhar a evolução do direito de constituir família, surge a possibilidade de instituir uma nova entidade familiar composta por 3 ou mais indivíduos, também denominado de União Poliafetiva,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, além de encontrar obstáculos enfrentados com a ausência de normas específicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, procura-se validar esta união por meio de uma Nova interpretação dos artigos constitucionais válidos para o casamento, Princípios Constitucionais ou Princípios Gerais de Direito, tendo em vista que esta modalidade atende a todos requisitos de uma família convencional. Consoante aos empecilhos presentes nesta modalidade de entidade familiar, questiona-se: Há legalidade e possibilidade em se constituir uma Entidade Familiar por meio da União Poliafetiva, mesmo com todas as dificuldades existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro? Como se deu a interpretação de família prevista na constituição de 1988 e como é interpretada nos dias de hoje? Quais as concepções válidas para constituir uma família no nosso Ordenamento Jurídico? Quais obstáculos são enfrentados por parceiros que desejam regularizar uma União Poliafetiva e quais as consequências jurídicas desta União? Por qual motivo não há ainda amparo legal para todas as famílias existentes na sociedade?

A existência desta modalidade de família existe há muito tempo, entretanto, sem regulamentação pela Constituição, Códigos ou Leis esparsas. Quando se trata de quantidade, a única possibilidade de se formar uma família nos ditames das normas jurídicas vigentes são por meio de no máximo duas pessoas, podendo estas pessoas serem do mesmo gênero ou não.

Sendo assim, o parâmetro adequado para possibilitar a União Poliafetiva seria por meio da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus princípios basilares, quais sejam: O princípio da dignidade da pessoa humana, princípio à liberdade, valores sociais, direito à vida, direito à igualdade, entre outros. Para SILVA, 2012, afirma que "a expressão poliafeto é um engodo, um estelionato jurídico, na medida em que, por meio de sua utilização, procura-se validar relacionamentos com formação poligâmica".

A realidade com relação à família hoje em dia é diferente de quando a Constituição Federal de 1988 ou o Código civil de 2002 foram promulgados, quando era aceito somente a Família matrimonial de homem e mulher. Porém, sabendo que o direito acompanha os fatos sociais, hoje, admite-se também a Família matrimonial entre pessoas do mesmo sexo desde maio de 2011. Entretanto as entidades familiares não se resumem somente nestes aspectos citados acima, mas também em outras características como a quantidade de membros no relacionamento como é o caso da União Poliafetiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como supracitado, a sociedade vem se modificando e o direito, mesmo demoradamente, acompanha estas mudanças. Com isso, hoje o direito de família passou a ser visto de forma "plural", tendo em vista as diversas modalidades de famílias aceitas, vejamos: Família Matrimonial, Família Informal, Família Monoparental, Família Anaparental, Família Unipessoal, Família Mosaico, Família Simultânea e Família Eudemonista.

A principal dificuldade das pessoas que estão em uma União Poliafetiva e desejam regularizar o seu matrimônio, é a vedação, dado a ausência de regulamentação para esta modalidade. Há um cuidado muito grande com relação a este tema, tendo em vista que este não reflete apenas na seara do direito de família, como também na esfera sucessória e previdenciária.

Além de não serem aceitas, a maioria da sociedade não tem conhecimento das novas concepções de família existentes ou como são formadas. É nítido a morosidade que o direito possui em reconhecer estas novas concepções, basta ver que somente em 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou uma resolução permitindo aos cartórios registrarem casamentos homoafetivo, entretanto, sabe-se que estas Uniões existem há muitos anos atrás. Com este "esquecimento", é deixado de lado uma das partes mais importantes da Constituição Federal de 1988, que são os Direitos e Garantias Individuais como o direito à Liberdade, e consequentemente, a liberdade em se constituir uma família.

Muitas "famílias", mesmo que não seja permitido assim serem chamadas legalmente, mas pessoas, mais precisamente, mais de duas pessoas, estão se unindo em um relacionamento a fim de constituírem uma família, esta união é chamada de União Poliafetiva.

Sabendo que a sociedade muda seus costumes, a sua forma de viver e de se relacionar com quem bem entender, surge o Direito para regulamentar estas práticas, concedendo proteção legal aos seus atos, como ocorreu com os casais homoafetivos, quando se tinha conhecimento da união destes casais entre pessoas do mesmo gênero muito anos antes da sua regulamentação em maio de 2011.

Em razão disso, pessoas desejam constituir uma família na concepção do Poliamor, que é a possibilidade de se amar várias pessoas, e consequentemente, a constituição de uma família poliafetiva. Porém, o maior impedimento destas pessoas é a ausência de regulamentação para se formalizar esta união.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O objetivo da pesquisa é descobrir quanto a legalidade e possibilidade em se constituir uma Entidade Familiar por meio da União Poliafetiva, mesmo com todas as dificuldades existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA

Doutrinadores procuram alcançar a mais ideal descrição do real significado de família, cada um com sua forma de elucidar. Mas a família nada mais é que a união de dois indivíduos que se unem por meio de uma afinidade para formarem uma estrutura social, da qual surge direitos e deveres para todos os entes nela envolvidos. Entretanto, o conceito de família se modica de forma ágil, onde hoje o conceito de família é este supracitado, mas até a conclusão deste estudo pode se modificar, da mesma forma que ocorreu em toda história com relação a este tema. (ARAUJO JUNIOR, 2020, p. 1-2).

Sabe-se que a origem do direito de família é indeterminável, e, ainda que vagarosamente, progride para acompanhar os fatos sociais. E é possível explicar sobre esta origem de forma simples, "Sempre existiu o acasalamento entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie seja pela verdadeira aversão que todos têm a solidão." Neste trecho de Maria Berenice podemos extrair um pouco da essência jurídica da formação da família na sociedade com um toque de poesia sobre a união formada por estes indivíduos. Porém, de forma a conduzir estes vínculos da maneira mais coerente possível, os legisladores trataram de regulamentar este fato. (BERENICE, 2016, p. 33).

Tendo em vista as várias modificações que a família recebeu durante os anos, a Constituição Federal e principalmente o Código Civil foram forçados a se moldar para as novas realidades. O Código Civil de 1916 tratava das primeiras concepções de família, na qual existia discriminação entre seus entes, assim como inexistia a figura do divórcio. Mas as principais mudanças somente ocorreram com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, quando o legislador selou a igualdade entre todos os membros da família, igualdades entre os filhos oriundos ou não do matrimônio, e deu proteção a família composta pelo casamento e por meio da União estável, tendo em vista que a sociedade se moldou, e muitos não se encaixavam nos parâmetros padrões impostos.

3. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA POR MEIO DA UNIÃO ESTÁVEL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Antes da união estável ser acolhida como entidade familiar pelo ordenamento jurídico brasileiro, registra-se que esta passou, por algumas etapas até a sua plena aceitação, isto por que antes da Constituição de 1998, como visto, o casamento imperava como único meio legítimo para se formar uma família socialmente aceita.

Gagliano e Pamplona Filho (2015) agrupam momentos distintos, que precederam o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar. Inicialmente, as uniões sem casamento eram amplamente rejeitadas, com absoluta ausência de tutela jurídica, atravessando o silencioso constrangimento da simples tolerância, passando pela aceitação natural como fato social, até o reconhecimento e valorização constitucional como forma idônea de família.

Na fase de rejeição, as uniões livres, ou seja, aquelas sem vínculo matrimonial eram totalmente rechaçadas pela sociedade, não gozando da tutela Estatal.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 412):

> Até o início do século XX, qualquer tentativa de constituição de família fora dos cânones do matrimônio era destinatária de mais profunda repulsa social. A união livre simplesmente não era considerada como família e sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida.

A partir da Constituição Federal de 1988, a união estável é reconhecida como entidade familiar, assim, os indivíduos que até então eram suprimidos da proteção especial do Estado por não terem constituído uma união através do casamento, deixaram de ser discriminados socialmente, pois, converteu-se o que se caracterizava sociedade de fato para a categoria de entidade familiar.

De acordo com Gonçalves (2016, p. 601): "A união prolongada entre o homem e a mulher sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato"

Todavia a partir do momento em que o legislador reconheceu a união estável no texto maior, a posteriori inserida no Código Civil de 2002 (CC), conferindo-lhe status de entidade familiar, os dois institutos não se confundem. Assim, como elencado no artigo 226, § 3º da CF/88: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união

estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

No que se refere aos elementos que configuram a união estável, estes encontram-se no artigo 1.723, do diploma civil e no artigo 1º da lei nº 9.278/96 (lei que regula a união estável), quais sejam, a convivência pública, contínua e duradoura, além disso essa união deve ser estabelecida com o objetivo de constituir família.

Cumpre ressaltar que na união estável, os companheiros possuem deveres mútuos de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos e que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil

Conforme visto, o reconhecimento da união estável como entidade familiar foi de suma importância, pois retirou da "ilegalidade", os indivíduos que não optaram pelo tradicional casamento, conferindo-lhe direitos e a consequente dignidade.

No que tange ao concubinato, este configura as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, de acordo com o artigo 1.727 do Código Civil (CC).

Desse modo, a união estável, considerada entidade familiar, goza de proteção especial do Estado, no entanto, o concubinato, por não ser reconhecido como entidade familiar não usufrui da mesma proteção, considerado sociedade de fato. Como visto todas as uniões livres, ou seja, não ligadas pelo matrimônio eram denominadas de concubinato, porém, o legislador diferenciou os dois institutos

A posteriori, no século XXI devido aos anseios sociais, a diversidade de gêneros, a união estável homoafetiva foi reconhecida em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, com base nos princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade, igualdade e afetividade. Assim uma nova interpretação foi dada aos dispositivos supracitados.

Com base no alargamento do conceito de família pautado nos vínculos de afeto é que se discute de a possibilidade de abarcar a união estável poliafetiva como "entidade familiar".

4. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Durante a pesquisa foi constatado que ainda há uma tentativa de conceituar a união estável poliafetiva diante da novidade do tema. Em uma primeira definição no sentido literal, "poli" significa "vários" logo a palavra "poliafetiva" significaria "vários afetos". O termo "poliafetiva" evidencia que essa união possui cunho afetivo e não sexual.

A União Poliafetiva, é o contrário do que boa parte das pessoas pensam, não se trata de um relacionamento aberto onde ambos podem se relacionar com quem quiser, sem se importar se está sendo traído. Trata-se da união onde todos os integrantes tem o interesse de constituir uma família, juntos na mesma residência, com todas as características que possui o casamento, com apenas um único detalhe: a quantidade de membros. Todavia, sob a ótica da jurisprudência com relação a esta concepção de família, é cedo para validar esta modalidade de união, principalmente devido a ausência de legislação quanto aos efeitos jurídicos que a mesma pode refletir.

O projeto de lei nº 4.302, de 2016, em tramitação na Câmara dos Deputados, define a união estável poliafetiva como aquela formada por mais de um convivente. Segundo Chater (2015, p. 40), a união estável poliafetiva, também é chamada de poliamorosa:

> Alguns também a chamam de união poliamorosa, em razão do já conhecido termo poliamorismo utilizado ao se falar em uniões concomitantes. A união poliamorosa ou poliafetiva seria uma espécie de poliamorismo/poliafetividade. O poliamor em si é algo bem genérico, pois a multiplicidade de afetos pode ocorrer tanto em uma só união, que é o caso da união poliafetiva, quanto em diversas uniões, que é o caso das uniões concomitantes. [...].

Constatou-se, todavia, que o conceito mais adequado para a união estável poliafetiva seria o de uma união contínua e duradoura entre mais de duas pessoas, ligadas por laços de afeto com o objetivo de constituírem uma família.

É importante destacar que esse tipo de união afetiva, reúne os mesmos elementos caracterizadores da união estável encontrados no art. 1º da Lei nº 9.278/96 e art. 1.723, caput do Código Civil de 2002, tratando se de uma relação pública, continua, duradoura, com o objetivo de constituição familiar, diferindo desta somente quanto ao número de seus membros (mais de dois indivíduos), não importando a orientação sexual dos companheiros. Insta esclarecer que essa união é caracterizada pela consensualidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se que a união estável poliafetiva não é uma relação eventual com várias pessoas, tão pouco trata-se de troca de casais, mas sim uma união de mais de duas pessoas, que se uniram com o objetivo de compartilhar um projeto de vida, de felicidade

Os companheiros da união poliafetiva, assim como os casais que se uniram pelo casamento, ou pela união estável hetero ou homoafetiva, na constância da união adquirem bens, dividem responsabilidades, possuem obrigações, o que demostra a estabilidade dessa relação. Assim, trata-se de uma comunhão plena de vida entre mais de duas pessoas fundadas em laços afetivos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se manifestou por meio de um Acórdão quanto a um caso concreto que aconteceu na cidade de Tupã, localizada a aproximadamente 430km da capital de São Paulo, quando um cartório lavrou uma escritura pública reconhecendo a União Poliafetiva dos interessados.

Contudo, o CNJ vedou tal união afirmando, entre outras palavras, que a sociedade não está madura para entender o Poliamor, a qual é a característica principal da União Poliafetiva. Ainda assim, os indivíduos que querem oficializar a sua união nesta modalidade não praticam qualquer inconstitucionalidade, sendo a sociedade que deve perceber que o mundo não parou na década passada ou no século passado, podendo as pessoas se unirem da forma que desejarem, diferente dos padrões fixados pela sociedade. Neste sentindo, a determinação exalada no Acórdão supracitado fere alguns direitos fundamentais, aqueles previstos no título II da Constituição Federal de 1988, que tem como um dos objetivos justamente evitar que o Poder público interfira na individualidade de cada pessoa.

A Constituição Federal possui diversos princípios para auxiliar e nortear as decisões tomadas pelos legisladores, sejam estes princípios explícitos ou implícitos. Dentre os princípios expressamente previsto na Constituição federal, um deles se destaca mais que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que possui um conceito bem cristalino, "é o princípio maior, o mais universal de todos os princípios, é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais". Portanto, por meio deste princípio central, surge os demais como o princípio da liberdade, do princípio da afetividade entre outros, onde todos reafirmam o direito a dignidade e o respeito a todas entidades familiar.

Em face do exposto, é incabível qualquer afirmativa que diga que é cedo para ser respeitado, seja pela sociedade, seja pelo Estado. A ideia de que é cedo para as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pessoas entenderem que as outras podem amar e ser amadas de diversas formas, mesmo que estas formas sejam incompreensíveis para humanidade é extremamente equivocada. Sabendo que o Ordenamento protege e respeita a liberdade individual de cada cidadão, por meio dos dispositivos legais e seus princípios, não se pode haver tratamento diverso para as modalidades de constituição de família, como é o exemplo da União Poliafetiva.

5. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

Inicialmente, destaca-se alguns argumentos contrários ao reconhecimento da união estável poliafetiva.

Regina Beatriz Tavares da Silva, Presidente da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), manifestou-se contrária ao reconhecimento da união estável poliafetiva ao publicar, em 2012, o artigo: "União poliafetiva é um estelionato jurídico":

> [...] a expressão poliafeto é um engodo, um estelionato jurídico, na medida em que, por meio de sua utilização, procura-se validar relacionamentos com formação poligâmica [...] A escritura do trio não tem eficácia jurídica, viola os mais básicos princípios familiares, as regras constitucionais sobre família, a dignidade da pessoa humana e as leis civis, assim como contraria a moral e os costumes da nação brasileira (SILVA, 2012).

Para ela, não há a possibilidade de reconhecimento da união estável poliafetiva, sendo esta considerada inconstitucional, pois contraria o ordenamento jurídico brasileiro, além disso, o reconhecimento notarial, servia como elemento de destruição da família

Simão (2013, p. 836), publicou um artigo intitulado "Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária", apontando alguns "danos" da lavratura da escritura pública que registrou a união estável poliafetiva na cidade de Tupã-SP:

> Note-se: há um claro dano aos filhos da poligamia que sequer terão direito à origem genética sem se submeterem ao exame de DNA. Há uma claro dano aos supostos "conviventes" que acreditam que têm direitos e não os terão, em razão da nulidade absoluta da escritura pública. Há por fim, um dano aos Tabeliães

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> do Brasil cuja seriedade é posta em xeque de maneira evidente, quando a imprensa passa a noticiar que é possível casamento poligâmico no Brasil.

No ano de 2016, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) com base em notícias divulgadas no Jornal Folha de São Paulo em 24 de janeiro de 2016 apresentou uma representação a Corregedoria Nacional de Justiça, requerendo cautelarmente, a proibição da lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas pelas serventias extrajudiciais do Brasil, e, no mérito regulamentação da questão:

> [...] Aduz a requerente que foi noticiado, no Jornal Folha de São Paulo em 24/01/2016, 'a lavratura de escrituras públicas de 'uniões poliafetivas', em que foram outorgados e reciprocamente outorgantes um homem e duas mulheres, como também o foram três homens e duas mulheres, como ainda celebraram três mulheres'.

De acordo com a ADFAS, as lavraturas são inconstitucionais, pela ausência de eficácia jurídica, e violaria os princípios familiares básicos, a dignidade da pessoa humana, as leis civis e a moral e os costumes brasileiros.

Em resposta a representação a corregedora nacional de Justiça, a ministra Nancy Andrighi, instaurou um Pedido de Providências (nº 0001459-08.2016.2.00.0000). Embora tenha negado a liminar, a ministra sugeriu que os cartórios aguardem a conclusão de estudo sobre a possibilidade de regulamentação do registro civil das uniões poliafetivas pela complexidade do assunto3 . (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

6. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

Embora, para alguns o ato deva ser declarado inconstitucional, nulo, imoral, inexistente, contrário a cultura e aos valores morais da sociedade brasileira. Há doutrinadores renomados no Direito de Família, como Dias (2013), que se posicionou a favor do reconhecimento e validade de uniões estáveis poliafetivas. Ao se referir a primeira escritura pública lavrada na cidade de Tupã, SP, defende que deve haver o reconhecimento da mesma como transparente e honesta, pois a mesma traz a livre manifestação de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. Destaca a doutrinadora que: "lealdade não lhes faltou ao formalizar o desejo de ver partilhado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de forma igualitária, direitos e deveres mútuos as moldes da união estável" (DIAS, 2013, p. 54).

Além disso, verifica-se no contexto fático demostrado a boa-fé dos companheiros em procurar resguardar seus direitos futuramente, ou seja, as relações jurídicas decorrentes dessa união

Favorável ao reconhecimento da união estável poliafetiva, Dias (2013, p. 54), reitera:

> Claro que justificativas não faltam a quem quer negar os efeitos jurídicos à escritura levada a efeito. A alegação primeira é afronta ao princípio da monogamia, desrespeito ao dever de fidelidade – com certeza, rejeição que decorre muito mais do medo das próprias fantasias. O fato é que descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais e muito menos subtrair qualquer sequela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes.

Em consonância com a doutrinadora supracitada, este parece ser o posicionamento mais adequado.

7. A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA

Foi em virtude da condecoração do princípio da afetividade que se passou a reconhecer os novos arranjos familiares. É nesse contexto que se busca o reconhecimento da união estável poliafetiva como entidade familiar, tendo como primado o princípio da afetividade.

Nesse sentido, o princípio da afetividade viabiliza o reconhecimento da união estável poliafetiva como entidade familiar, sendo o seu reconhecimento imprescindível para garantia da igualdade, afastando qualquer forma discriminação, pois o valor maior a ser preservado é a dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo fundamental da Constituição Federal de 1988, razão pela qual torna-se irrelevante o discurso da afronta a moral e aos valores da sociedade brasileira.

O Supremo Tribunal Federal afirmou, em sede de Recurso Extraordinário (RE 898060/SC), que o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional.

Assim, a partir da consideração de que as uniões estáveis poliafetivas caracterizam-se pela união contínua e duradoura entre mais de duas pessoas ligadas por laços de afeto com o objetivo de constituírem uma família, mister faz seu reconhecimento.

A negativa de reconhecimento da união estável poliafetiva geraria inúmeros prejuízos aos companheiros, pois, ante o seu não reconhecimento como entidade familiar, a competência para a apreciação de uma futura demanda judicial envolvendo a união em tela, seria da Vara Cível, não da Vara de Família.

Ressalta-se que a Constituição Federal consagra o princípio da afetividade, cuja concretização ocorre através da garantia ao respeito e à dignidade da pessoa humana no que diz respeito aos interesses dos companheiros em união estável poliafetiva. Desse modo, seria indigno não reconhecer a constituição familiar que é a união estável poliafetiva.

8. CONCLUSÃO

A pesquisa teve como objetivo a análise da possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva com entidade familiar, visto que a doutrina e jurisprudência superior tem conferido proteção às famílias formadas por laços afetivos, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional rege todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar dessa evolução social e legislativa, as uniões estáveis poliafetivas não gozam de proteção especial do Estado, pelo fato de ainda não serem reconhecidas como entidade familiar, embora reúna os elementos essenciais para a configuração de uma, entre esses elementos podemos citar a afetividade, pois como visto, o vínculo afetivo foi cristalizado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Deste modo os companheiros da união estável poliafetiva estão juridicamente desprotegidos ante a ausência de regulamentação da matéria. Nos últimos anos a tentativa de ter seus direitos resguardados por meio do registro no tabelionato de notas mobilizou a discussão acerca do tema, até então, ignorado pela sociedade.

O que deve prevalecer é a garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à igualdade e à proibição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

qualquer tipo de discriminação, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. Percebe-se que somente o reconhecimento da união estável poliafetiva como entidade familiar será capaz de resguardar os direitos dos envolvidos, garantindo-lhes a dignidade.

Insta esclarecer, que ao reconhecer a união estável poliafetiva, o legislador pátrio deverá rever a legislação vigente, adaptá-la a nova entidade familiar emergente, principalmente no que tange ao direito sucessório e previdenciário. Exemplos de situações que precisaram ser regulamentadas: pensão alimentícia, divisão dos bens, pensão do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) em caso de morte, e até o limite de companheiros da união estável poliafetiva.

9 REFERÊNCIAS

ARAUJO JÚNIOR, G. C. **Prática no Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, 512 p.

BERENICE, M.D. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 732 p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei de N.º 4.302 de 2016 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=207675>. Acesso em: 26 de abril de 2021

CHATER, Luciana. União poliafetiva: a possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira. Instituto Brasiliense de Direito Público: Brasília, 2015.

CNJ. Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas. Notícia retirada do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>. Acesso em: 20 de abril 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, ROLF. **Manual de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, 595 p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. "União poliafetiva" é um estelionato jurídico. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=17011>. Acesso em: 27 de abril de 2021

SIMÃO, José Fernando. Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano Social: Uma reflexão necessária. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2, n. 1, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEI 13.245/2016: CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO POLICIAL

JADER CARLOS SANTOS SILVA:
Bacharelando do curso de direito da Universidade Brasil.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: Não há dúvidas de que um sistema de justiça criminal, precisa ser eficiente e justo, tendo consequência o aumento da credibilidade para a sociedade brasileira. De forma simplória pode-se afirmar que o Inquérito Policial, trata-se de um conjunto de coleta de fatos e evidências, sendo a primeira fase de um processo penal. Pode-se definir o inquérito policial como um procedimento policial administrativo, executado pelas polícias judiciárias brasileiras que se preocupa em estabelecer a autoria e a materialidade de delitos e de infrações penais que após conclusão será enviado para a correta propositura da ação penal. A investigação pode ser reativa, ou seja, aplicada a crimes já perpetrados, ou proativo, isto é, visando prevenir determinada atividade criminosa planejada para o futuro. Uma consequência direta de todo o esforço da polícia em investigações que não sejam reconhecidas pelos cidadãos, está associada à falência das estruturas e funções da instituição polícia onde não há supervisão da atividade diária do polícia de investigação.

Palavras-Chave: Advogados; Crimes; Delitos; Inquérito Policial.

Sumário: Introdução. 1. O funcionamento do sistema penal de justiça brasileiro. 2. O inquérito policial e suas fases; 2.1 Principais mudanças (Lei 13.245/2016). 3. O caráter inquisitivo versus o direito à ampla defesa e contraditório. 4. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Um sistema de justiça criminal justo e eficaz, é composto por elementos inseparáveis, que quando caminham de forma equilibrada aumenta a confiança do público e os incentiva a respeitar a ordem pública, mediada pelo poder patriarcal do Estado. Em essência, a investigação do crime é o processo pelo qual o perpetrador é reconhecido por ter cometido ou planejado um crime. Através da coleta de fatos (ou evidências) (BEM, 2012).

A investigação pode ser reativa, ou seja, aplicada a crimes já perpetrados, ou proativo, isto é, visando prevenir determinada atividade criminosa planejada para o futuro. Existindo assim duas abordagens básicas para o gerenciamento de investigação de crime. Em alguns sistemas, caracterizada por jurisdições com tradição de direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

romano, o responsável pela investigação é o Delegado de Polícia, que também conta com o auxílio de Promotores e Magistrados, compondo assim a "polícia judiciária", salienta-se que os envolvidos no processo trabalham em estreita colaboração com os investigadores na aplicação da lei. Independentemente do sistema, os princípios e fundamentos permanecem os mesmos: estabelecer quem cometeu o ato ilícito e reunir provas suficientes para garantir a convicção (BONFIM, 2015).

Para a maioria da população brasileira e boa parte dos nossos profissionais da área, visualizam o sistema inquisitorial e jurisdicional como procedimentos burocráticos e lentos, um processo penal primitivo. Porém com o passar do tempo, mesmo que de forma gradual vem apresentando mudanças como as incorporadas pela Lei 13.245/2016, que assegura a presença do advogado na fase do inquérito policial, ou seja, dá a vítima ou ofendido participação no processo desde a investigação até a sentença, conhecendo as provas apresentadas no âmbito da investigação (BRASIL, 2016).

Para Lima Filho (2016, p. 2),

> A importância da efetivação dos direitos fundamentais durante toda persecução penal, inclusive na fase investigatória. Como principal meio de investigação criminal, o inquérito policial, presidido pelo Delegado de Polícia, deve ser abordado à luz dos valores constitucionais como o devido processo legal (administrativo) e, dentro do possível à sua eficácia, os consequentes desdobramentos do contraditório e da ampla defesa.

Dar mais importância ao "ritual judiciário" é fundamental para melhorar a própria estrutura do processo penal brasileiro, nitidamente inquisitório, ainda que alguns insistam em pensar que o conceito de "sistema processual misto" (LOPES JÚNIOR, 2016).

Invariavelmente, o acusado será culpado ou inocente do processo realizado por a polícia no inquérito preliminar. Provavelmente este contexto de falhas estruturais e funcionais do modelo penal inquisitorial e do desenvolvimento e implementação do sistema acusatório no Brasil, tem provocado em todas as suas dimensões (legislativa e administrativa), opiniões contraditórias.

1 O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PENAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

No Brasil, além dos Juízes Especiais, ou Juizados Especiais (Juizados Militares e Eleitorais), existem Ministros Federais e Estaduais. Em geral, a Justiça Federal (Tribunais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Federais) tem jurisdição sobre os crimes que envolvem os interesses da União e os demais crimes indicados pela Constituição Federal (CF). A competência da Justiça Estadual (Tribunais Estaduais) é residual. O Ministério Público (MP) Federal atua na Justiça Federal, investigando e processando crimes federais, como falsificação de moeda; contrabando; sonegação de impostos federais; evasão de contribuições previdenciárias; trabalho escravo; formação de cartéis; lavagem de dinheiro; transferência ilegal de dinheiro para o exterior; fraudes bancárias; tráfico internacional de drogas; pedofilia na internet; crimes cometidos por funcionários da Receita Federal, Policiais Federais ou funcionários de qualquer órgão ou departamento federal; crimes ambientais, etc. O Ministério Público Estadual atua na Justiça Estadual e apura e pune crimes como homicídio, roubo, fraude e todos os delitos não enquadrados nos demais Tribunais (MANZANO, 2017).

Em essência, existem quatro momentos distintos no funcionamento do sistema penal brasileiro de justiça: em primeiro lugar, a Polícia de investigação, o Ministério Público ou outro órgão legalmente autorizado reúne, se necessário, provas de fato que possa ser crime e seu agente (investigação), em segundo lugar, o Ministério Público ou, excepcionalmente, a vítima acusa o possível agente (Ministério Público); em terceiro lugar, o Judiciário condena ou absolve o réu (julgamento); em quarto lugar, a condenação criminal é implementada (execução) (BONFIM, 2015).

Na primeira fase, existe um sistema inquisitorial e não um contraditório, podendo os suspeitos optar por ser julgados ou não por advogado e, por sua própria iniciativa, aceder a provas não lacradas a seu respeito. A intervenção judicial ocorre excepcionalmente, por exemplo, quando uma prisão temporária é necessária (BARBOSA, 2016).

Para Castro e Costa (2016), na segunda fase, o MP decide se processa ou não. Essa decisão não é discricionária e, sempre que houver indícios de crime, haverá denúncia. No entanto, existem algumas atenuações a esta regra:

(i) desconformidades insignificantes com a lei criminal podem ser consideradas irrelevantes;

(ii) algumas infrações menores podem não ser investigadas e julgadas se, dadas certas condições, o possível agente aceitar voluntariamente "penalidades" leves.

Na terceira e quartas fases, há um processo judicial em um sistema adversarial; a instância legal é obrigatória. O Brasil mantém a quarta maior população carcerária do mundo, sendo superada apenas pelos EUA, Rússia e China. Quase metade da população encarcerada do Brasil é composta por pré-presos de julgamento" e "80%" dos presos no Brasil não podem pagar um advogado particular (LIMA FILHO, 2016).

Entre as funções do Estado, temos a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da justiça. A notícia da prática de um ilícito penal faz surgir para este o dever de, por meio de seus órgãos constitucional e legalmente legitimados, de modo que apurar os fatos, vindo a confirmá-lo ou não, promovendo a ação penal correspondente com a finalidade de que seja proferida (pelo Estado-Juiz) uma decisão de mérito, condenando ou absolvendo o imputado. A esse conjunto de atividades dá-se o nome de persecução penal (FEITOSA, 2020).

Segundo Calobrich (2016, p. 44):

> A persecução penal - *jus persequendi* - abarca tanto o direito (dever) do Estado de promoção do processo penal acusatório (*jus persequendi injudicio*) quanto à atividade de investigação que o antecede (*jus persequendiextra judicio*), quando necessária.

Os órgãos e entidades responsáveis pelas investigações criminais no Brasil são, principalmente, a Polícia Federal (como o nome indica, atua em todo o país) e a Polícia Civil (que atua em cada Estado). A Polícia Federal investiga: (i) infrações penais contra a ordem política e social ou em prejuízo de bens, serviços e interesses da União e de seus entes autônomos de governo e empresas públicas (em uma palavra, crimes federais), bem como como outras infrações com efeitos interestaduais ou internacionais e exigindo repressão uniforme conforme a lei estabelecer; (ii) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como o contrabando, sem prejuízo da ação das autoridades da Fazenda e demais órgãos públicos nas respectivas áreas de competência. (ESPÍNOLA FILHO, 2018).

De acordo com a Constituição brasileira, compete à Polícia Civil, ressalvada a competência da União, a investigação das infrações penais, com exceção das militares. Em outras palavras, a Polícia Civil investiga os crimes julgados pela Justiça Estadual e a Polícia Federal os crimes julgados pela Justiça Federal, o tráfico ilegal de entorpecentes e afins, o contrabando e outros crimes com efeitos interestaduais ou internacionais que requeiram repressão uniforme conforme a lei deve estabelecer (ESPÍNOLA FILHO, 2018).

Além disso, existem outras agências governamentais que investigam crimes em suas respectivas áreas de competência, embora esta não seja sua atribuição principal. Essas agências investigam quando um crime é descoberto durante o exercício regular de suas funções legítimas. Por exemplo: (i) O Órgão Ambiental (Ibama) é responsável pela apuração de infrações relacionadas ao meio ambiente; (ii) a Receita Federal (“Receita Federal”) é responsável por apurar infrações relacionadas a fraudes fiscais e outras fraudes fiscais federais; (iii) o Banco Central (“Banco Central do Brasil”) investiga crimes financeiros; (iv) a Comissão de Valores Mobiliários (“Comissão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Valores Mobiliarios-CVM") investiga infrações no mercado de valores mobiliários; (v) o COAF é a FIU - Unidade de Inteligência Financeira do Brasil - que atua no combate à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento de atividades terroristas (KFOURI, 2016).

Como dito acima, essas agências não têm como foco principal a investigação de crimes. Elas o fazem quando, no desenvolvimento de suas atividades, percebem que um crime foi cometido. Em geral, ao término de suas atividades, esses órgãos comunicam-se ao Ministério Público, enviando a prova da ocorrência de uma infração. Às vezes, apenas com as informações enviadas por esses órgãos, é impossível instaurar um processo imediato, para que o promotor possa complementar as investigações, ou é possível ordenar que a polícia continue a investigação (CAPEZ, 2019).

2 O INQUÉRITO POLICIAL E SUAS FASES

A investigação conduzida pela Polícia é realizada em inquérito policial dirigido por um chefe de polícia ou comissário de polícia. Esses agentes são graduados em direito e conduzem o inquérito policial sob a supervisão do promotor. O juiz atua na investigação de forma excepcional, justamente quando é necessário restringir direitos ou garantias do suspeito (BONFIM, 2015).

No Brasil, em geral, os promotores públicos não podem comandar as organizações investigativas acima mencionadas diretamente na investigação criminal, mas podem requerer procedimentos de investigação e a instauração de inquérito policial. De acordo com a Constituição Federal de 1988, entre outras funções institucionais do Ministério Público, compete-lhe instaurar, exclusivamente, o processo penal público, nos termos da lei (artigo 129, I) e exercer controle externo sobre a atividade policial (artigo 129, VI). Segundo parte da doutrina e da jurisprudência, com base nestes artigos constitucionais, é possível ao Ministério Público conduzir sua própria investigação, alicerçada na teoria implícita do poder. Na verdade, muitos casos de corrupção e crimes importantes foram resolvidos por causa das investigações dos promotores, levando a um tribunal muitos políticos e agentes acostumados à impunidade. Em geral, as investigações dos promotores são mais eficientes e independentes do que as conduzidas pela polícia, principalmente porque os policiais não têm independência nas suas investigações e podem ser retirados do processo pelo seu superior hierárquico, o que é impossível quando se trata de promotores (BRASIL, 1988).

Por outro lado, parte da doutrina discorda sobre a possibilidade de investigação do Ministério Público, com base nos supostos abusos cometidos pelo Ministério Público e na falta de regulamentação legal sobre o assunto. Na verdade, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

existe uma regulamentação legal sobre as investigações conduzidas pelo Ministério Público.

Apesar dessa discussão, é comum os promotores investigarem uma série de crimes por conta própria, especialmente crimes cometidos por policiais e corrupção, com resultados muito bons. Nesse sentido, para regular essas atividades, existe uma resolução (cujo nível está abaixo da lei) do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamenta a investigação feita pelos promotores. Quando o Ministério Público faz a investigação diretamente, ele pode entrevistar os suspeitos e as testemunhas principais diretamente. Além disso, está autorizado a acessar bases de dados públicas, para solicitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades públicas e privadas e solicitar à polícia para auxiliar na investigação (DEMERCIAN; MALULY, 2018).

A Grande Bancada do Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu se é possível aos promotores investigarem, embora haja outras decisões daquele tribunal, das bancadas, 12 aceitando a investigação do promotor. A tendência desse Supremo Tribunal é aceitar a investigação do Ministério Público, pelo menos nos casos que envolvem crimes cometidos por policiais e nos demais casos em que a polícia não tem interesse em investigar. Muito recentemente, houve uma proposta legislativa para alterar a Constituição de 1988 a fim de restringir a legitimidade de conduzir investigações exclusivamente pela Polícia, especialmente para proibir a investigação do Ministério Público. Essa tentativa, entre outras coisas, motivou várias manifestações populares em todo o Brasil, e acabou sendo rejeitada pelo Congresso em 25 de junho de 2013. Havia uma crença geral de que a alteração legislativa proposta propiciaria impunidade, pois as investigações criminais se tornariam mais improváveis, especialmente porque a taxa de eliminação de crimes policiais é muito baixa, abaixo de 10% (HAAG, 2013).

Em suma, há muita discussão nessa área no Brasil atualmente, mas a tendência é aceitar, embora com limitações, a possibilidade de os promotores investigarem. Nos casos em que os promotores investigam, o juiz fiscaliza a investigação, especialmente autorizando medida restritiva. Além disso, quando os direitos de um suspeito são desrespeitados, o juiz pode ser obrigado a corrigir o alegado abuso (GOMES, 2016).

Neste ponto, é importante delinear o procedimento investigativo. Na verdade, não existe um procedimento a ser estritamente observado. O presidente da investigação (o policial, no inquérito policial) tem um relativo poder discricionário para determinar a coleta de provas por meio da investigação. Em outras palavras, a estratégia da investigação fica a critério do policial. Apesar disso, o Ministério Público, ao longo de toda a investigação, pode interferir nessa estratégia, mandando a polícia tomar medidas específicas ou obter mais provas. Isso se explica porque a investigação tem por objetivo dar ao promotor as informações necessárias para abrir uma denúncia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(GOMES, 2016).

Em geral, a Polícia brasileira não tem uma boa estrutura. Há muitos crimes para investigar e pouca estrutura. Além disso, principalmente na Polícia Estadual (PE), infelizmente é muito comum que agentes policiais sejam corrompidos. Em geral, a investigação se baseia apenas na obtenção de depoimentos de suspeitos, vítimas e testemunhas-chave, como principal meio de obtenção de provas, sem o uso de novas técnicas. Às vezes, são feitos exames simples (para provar a falsidade de um documento). Nas investigações relacionadas ao tráfico de drogas, é comum o uso de escuta telefônica. Porém, a Polícia Federal vem desenvolvendo, desde 1988, uma melhor estrutura para investigar e, às vezes, utilizar novas técnicas de investigação (ESPÍNOLA FILHO, 2018).

Durante a investigação, as entrevistas do suspeito são, em geral, documentadas em registro escrito, assinado pelo suspeito. Geralmente, deu ao suspeito a oportunidade de confirmar e corrigir erros na declaração gravada. Em alguns casos, os registros policiais em vídeo são entrevistados, para dar mais confiança à confissão dos suspeitos. Para evitar novas alegações de confissão forçada - infelizmente ainda muito comum no Brasil - especialmente durante a detenção, a polícia às vezes pede um exame médico para mostrar que nenhum dano ocorreu durante a entrevista. De acordo com a regulamentação brasileira, em todos os casos, o advogado do suspeito pode comparecer à entrevista realizada por órgãos de investigação (KFOURI, 2016).

2.1 Principais Mudanças (Lei 13.245/2016)

Ao buscar entender a real profundidade das alterações trazidas pela Lei 13.245/2016, e verificar se ela trouxe mudanças, é primordial entender do que trata o dispositivo evidenciado na Lei 8.906/94, a qual trata do Estatuto da Ordem dos Advogados, esta por sua vez ressalta a regulamentação da atividade da advocacia. O Estatuto dispõe, dentre outras, a indispensabilidade do causídico à prestação jurisdicional, consoante o disposto no artigo 133 da Constituição Federal de 1988.

Pois bem, o dispositivo alterado no estatuto está topograficamente inserto no capítulo da Lei que trata sobre os direitos do advogado no exercício de sua função. Dentre estas funções, está a de prestar assistência ao acusado na etapa das investigações preliminares. Tal possibilidade já era amplamente aceita no meio policial, contudo não era normatizada, estando agora prevista no artigo 7º, XXI do Estatuto, dispositivo incluído pela Lei 13.245/2016 (WALCÁCER, 2015).

O texto traz como inovação o direito do advogado "assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações", ou seja, não fica agora mais ao arbítrio

da autoridade que conduz a investigação (seja em repartição policial, no MP, ou mesmo em qualquer outro órgão)a presença do advogado durante a apuração de infrações, mormente no que tange aos interrogatórios de seu cliente ou mesmo seus depoimentos, sob pena de nulidade do ato e de todos os atos subsequentes, podendo inclusive apresentar razões e quesitos no curso da investigação preliminar (WALCÁCER, 2015).

O texto da Lei é claro, e o artigo 7º inciso XXI "assistir a seus clientes investigados", ou seja, apenas quando o investigado tiver um causídico atuando em seu interesse. Não poderia uma alteração no Estatuto da Ordem trazer uma mudança de ordem processual como a obrigatoriedade para todos da presença de advogado quando do interrogatório ou depoimento. Para que houvesse tal alteração necessário seria uma mudança no diploma processual penal, como por exemplo uma mudança no artigo 261 ou seguintes do Código de Processo Penal (CASTRO; COSTA, 2016).

Ainda, foram criados os parágrafos 10, 11 e 12, traçando regras do exercício funcional do defensor durante a investigação. Com isso, no caso de investigação em que tenha sido decretado o sigilo, será necessária a apresentação de procuração para que possa ter acesso aos autos (FANAIA, 2016).

Houve assim um fortalecimento da defesa (na possibilidade de atuar na formação probatória em perícias, por exemplo, formulando quesitos), e a ampliação do contraditório em sua primeira etapa. Contudo, diferentemente do defendido por alguns, não vejo onde o dispositivo colocou como obrigação a presença de defesa a todos, e nem mesmo poderia, visto que o dispositivo alterou uma lei que trata da atividade do advogado, e de suas prerrogativas quando designado pelo investigado (WALCÁCER, 2015).

Também, em qualquer tipo de investigação, ou seja, com sigilo ou sem sigilo, a autoridade que estiver presidindo a investigação poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (SUMARIVA, 2016).

Prevê também o novo ordenamento jurídico que a inobservância aos direitos agora estabelecidos, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (BARROS, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A lei 13.245/2016 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma ampliação dos direitos concedidos aos advogados no que diz respeito ao acesso dos elementos de informação colhidos durante a fase de investigação preliminar, buscando, com isso, a defesa técnica e a garantia do contraditório, ainda que de forma mitigada (SOUZA, 2016).

Reafirmando o que foi discorrido, a presença do advogado na fase do inquérito policial, não assegura a garantia do princípio do contraditório, permite apenas que os advogados tenham acesso aos elementos informativos documentados, podendo acompanhar todos os atos dos procedimentos do IP, desde que não haja violação ao sigilo, o que poderia acarretar dificuldades para as autoridades investigativas (BARROS, 2016).

Castro (2015, s.p), afirma que de forma construtiva e reflexiva, temos o seguinte pensamento:

> Outrossim, considerada que a instrução preliminar não caracteriza via de mão única, medida que se impõe é a ampliação da participação da defesa no curso do inquérito policial. O defensor deve ter a oportunidade de se manifestar nos autos do procedimento policial, ainda que após a conclusão das diligências, tendo em conta que não se pode admitir interferências nas atividades policiais em curso (segredo interno), sob pena de total ineficácia do aparelho persecutório à disposição do Estado-Investigação. Destarte, nada impede a incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa na fase inquisitiva, mesmo que de forma mais tênue do que no processo penal, de maneira a evitar o estabelecimento de utilitarismo exacerbado que acentue o fosso que separa acusação e defesa.

É preciso salientar que antes mesmo da citada lei vigorar, já se cogitava sobre ampliar direitos e garantias fundamentais asseguradas aos indivíduos, acredita-se que a presença de um advogado em todo o processo inquisitivo é de extrema importância, mesmo que limitado apenas ao acompanhamento dos procedimentos. Para confirmar tal premissa Lima (2016) reforça que,

> À primeira vista, poder-se-ia pensar que o exercício do direito de defesa nas investigações preliminares, inclusive com a obrigatória presença de advogado no interrogatório policial, poderia funcionar como obstáculo à eficácia das investigações. Pelo contrário. Como exposto anteriormente, as investigações

> preliminares não têm como finalidade única a obtenção de elementos de informação para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Também visam inibir a instauração de um processo penal infundado, temerário. Logo, o exercício do direito de defesa na investigação preliminar não depõe contra a eficácia do trabalho investigatório. Depõe, sim, a favor dessa suposta eficiência, evitando que possíveis inocentes sejam processados criminalmente. (2016, p. 122).

Analisando de forma mais objetiva, fica evidenciado o direito à informação e não ao princípio do contraditório, o escopo é possibilitar o acompanhamento do processo de forma a assegurar a defesa técnica, e um procedimento limitado a sua forma legal, sem a presença de constrangimentos físicos e morais.

Há também que discorrer sobre a inviabilidade do procedimento investigatório e sobre este assunto Lopes Júnior (2016) esclarece que:

> É importante compreender que o procedimento não é uma atividade que se esgota, se realiza, em único ato, senão que exige toda uma série de atos e de normas que os disciplinam, conexamente vinculadas, que definem a sequência do seu desenvolvimento. E aqui está um ponto crucial para estruturar um sistema (democrático e constitucional) de nulidades processuais e repensar o princípio da contaminação: cada um dos atos está ligado ao outro, como consequência do ato que o precede e pressuposto daquele que o sucede. (2016, p.228).

Souza (2016), frisa dizendo que, não se deve ter a ideia fechada de que no procedimento investigatório não se aplica o contraditório, pois, como sedo o processo penal uma sucessão de atos entre a fase criminal preliminar e a fase processual, ocorrendo uma ilegalidade na primeira, seria todo o processo contaminado, além de não conferir direitos positivados na própria Constituição Federal, no Código de Processo Penal e no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB).

3 O CARÁTER INQUISITIVO VERSUS O DIREITO À AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

O inquérito policial, possui expediente administrativo e inquisitorial, acredita-se que nesta fase não exija a preservação da defesa, pois ainda não existe a lide, não há partes, portanto, não há o que cogitar sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, o qual é observado com exclusividade na persecução penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como forma de corroborar com a premissa acima, Marques afirma que:

> Logo também é desaconselhável uma investigação contraditória processada no inquérito... Sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação. (Elementos, vol. I, 1997, p. 183)

É preciso salientar que a lei 13.245/2016 não estabeleceu que o inquérito policial deve ser regido pelo princípio do contraditório e ampla defesa, apenas assegurou assistência dos advogados na fase investigativa, ou seja, tais princípios são legalmente reconhecidos pela CF/88 que estabelece que estes somente serão evidenciados nos processos judiciais, administrativos e são destinados aos acusados em geral, pode-se então afirmar que as investigações criminais não se trata de processos judiciais, não havendo assim a necessidade do contraditório, também não há acusados na persecução penal extrajudicial.

Posição dominante do Superior Tribunal Federal (STF):

> Inexistência do contraditório no inquérito policial – A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais, cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. (RT n° 522/396)

Posição dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> O atentado ao princípio constitucional da plenitude de defesa inexiste na fase investigatória, somente di-zendo respeito à fase judicial. (STJ – RHC 1.223/SP; Sexta Turma; p. 13.498).

Afrânio Silva Jardim, combatendo os argumentos da doutrina que defende na lei 13.245/2016 inseriu o contraditório no inquérito policial, afirma:

> Discordo deste entendimento e julgo que ele decorre justamente da falta de visão sistemática de como opera o nosso processo penal, consoante advertimos no início desta breve reflexão. Inicialmente, como já deixei escrito em texto anterior, entendo que a nova regra não tenha trazido o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo: juizado de instrução sem juiz! O que a nova lei assegura é a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado. Por outro lado, se há nulidade em algum ato probatório em qualquer procedimento investigatório inquisitivo o que cabe fazer é reconhecer a sua "eficácia" natural, vale dizer, retirar-lhe o seu valor probatório. Acho até que a documentação deste ato probatório deveria ser desentranhada do procedimento investigatório, preclusa a decisão que reconheceu tal nulidade.

Analisando as ideias apresentadas acima, é possível concluir que mesmo diante das alterações mencionadas pela Lei 13.245/16, o inquérito policial continua apresentando caráter inquisitivo, pois mesmo o indiciado sendo assistido, todo o procedimento desta fase de persecução penal extrajudicial, ainda está vinculada nas mãos do Delegado de polícia. (BRASIL, 2016).

Neste sentido o novo inciso XXI do artigo 7º, da lei n° 8.906/1994, artigo 7º, XIV, (alterado pela lei 13.245/2016) não tornou obrigatória a presença do advogado durante a investigação criminal, o inciso supracitado estabeleceu uma nova garantia para os defensores, qual seja, a presença no interrogatório do investigado, se assim o defensor ou o próprio investigado desejarem. Com o intuito de impedir nulidades, a autoridade deve presidir os procedimentos, dando o direito de o indiciado prestar depoimento sob a presença de seu representante legal (advogado), deixando devidamente registrado no ato do interrogatório é dado ao mesmo o direito de silêncio (BRASIL, 2016).

A opção do investigado em prestar seu depoimento na ausência de um defensor, não pode causar nulidade, aplicando-se o princípio da tipicidade das formas. O código de processo penal prevê quais os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, devendo esse modelo ser respeitado, mas não é razoável declarar uma nulidade que, mesmo preterindo a forma legal, não haja resultado prejuízo para uma das partes, ademais, uma vez dispensada a presença do defensor, não poderá o indiciado alegar a sua própria torpeza (BARROS, 2016).

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estrutura o sistema de justiça criminal brasileira de forma razoável. Na prática, entretanto, ele não funciona corretamente. Diversos motivos foram apontados para explicar o problema, tais como: influência política, um Código de Processo Penal de 1941 obsoleto, ausência de uma regulamentação sistemática sobre a cooperação jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não se pode negar que a Lei 13.245 / 2016 proporcionou maturidade para o entendimento obsoleto no sentido de que as garantias fundamentais relacionadas ao devido processo judicial, à medida que a contradição e a defesa se ampliam, não afetam a fase investigativa. Ademais, em decorrência da incidência das garantias constitucionais e da convencionalidade dos tratados e convenções de direitos humanos, a Vinculação Súmula do STF, que visa garantir o exercício da defesa, que deve ser exercida pelo Delegado de Polícia, o proprietário instituiu o defensor tem amplo acesso a questões documentadas.

O Brasil está recebendo pressão para possíveis alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, estão em andamento a discussão e muitas regras federais esparsas.

Acredita-se que as diferenças substanciais entre o modelo inquisitório e misto, incorrem em erros nos processos de preparação e a implementação, causando uma distorção de ambos os modelos. Consequentemente, se o modelo não for devidamente implementado sempre haverá um espaço escuro, que irá gerar descrença por parte da população.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, R.M. **Lei 13.245/2016 exige mais do que o advogado na investigação criminal.** 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-15/lei-1324516-exige-advogado-investigacao-criminal>. Acesso em: 12 set. 2020.

BARROS, F.D. **A Lei nº 13.245/2016 e as inovações no inquérito policial da relativização do sigilo e do caráter inquisitivo nas investigações criminais**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45936/a-lei-n-13-245-2016-e-as-inovacoes-no-inquerito-policial>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei 13.245/2016. Altera o artigo 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BEM, L. **O processo penal brasileiro e sua matriz inquisitória**. 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/leonardodebem/2012/03/27/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria/>. Acesso em: 12 set. 2020.

BONFIM, E.M. **Curso de processo penal**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASTRO, H.H.M. COSTA, A.S. **Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório**. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policialnao-obrigatorio>. Acesso em: 12 set. 2020.

COUTINHO, J.N. de M. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2016.

DEMERCIAN, P.H.; MALULY, J.A. **Curso de Processo Penal**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUARTE, L.L. de A. **Uma breve análise sobre o inquérito policial brasileiro**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-114/uma-breve-analise-sobre-o-inquerito-policial-brasileiro/>. Acesso em: 22 Set. 2020.

ESPÍNOLA FILHO, E. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 2018.

FANAIA, P.V. **Nova Lei promove mudanças significativas na advocacia criminalista em todo país.** 2016. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=30348&noticia=nova-lei-promove-mudancas-significativas-na-advocacia-criminalista-em-todo-pais#:~:text=Ainda%2C%20foram%20criados%20os%20par%C3%A1grafos,possa%20ter%20acesso%20aos%20autos. >. Acesso em: 12 set. 2020.

HAAG, Carlos**. A justiça da impunidade: Ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas**. 2013. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/a-justica-da-impunidade/>. Acesso em: 25 set. 2020.

FEITOSA, M. N. **A vítima no processo penal: Um instrumento probatório**. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-vitima-no-processo-penal-um-instrumento-probatorio/>. Acesso em: 12 set. 2020.

GOMES, R.C. **O inquérito policial na investigação de parlamentar.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1129, 4 ago. 2016.

KFOURI, B**. Inquérito policial e órgãos oficiais de investigação**. 2016. Disponível

em: <https://jus.com.br/artigos/76410/inquerito-policial-e-orgaos-oficiais-de-investigacao>. Acesso em: 30 set. 2020.

LIMA FILHO, E.C. Lei 13.245/2016: uma análise do caráter democrático do inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2016.

LOPES JÚNIOR, A. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>. Acesso em: 12 set. 2020.

MANZANO, L.F. de M. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, K.J. **A Lei nº 13.245/16 e seus reflexos nos procedimentos investigatórios**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66530/a-lei-n-13-245-16-e-seus-reflexos-nos-procedimentos-investigatorios#:~:text=A%20lei%2013.245%2F2016%20trouxe,contradit%C3%B3rio%2C%20ainda%20que%20de%20forma>. Acesso em: 12 set. 2020.

SUMARIVA, P.H. **Inquérito Policial deixa de ser inquisitivo: Lei 13.245/2016 altera as regras da Investigação Criminal.** 2016. Disponível em: <https://paulosumariva.jusbrasil.com.br/artigos/296224010/inquerito-policial-deixa-de-ser-inquisitivo-lei-13245-2016-altera-as-regras-da-investigacao-criminal>. Acesso em: 25 set. 2020.

WALCÁCER, E. **A investigação e a Lei 13.245/2016: mudanças para quem?** 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/303074584/a-investigacao-e-a-lei-13245-2016-mudancas-para-quem#:~:text=133%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de,das%20investiga%C3%A7%C3%B5es%20preliminares%5B1%5D>. Acesso em: 12 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO DIGITAL COMO INSTRUMENTO PARA O COMBATE DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

ELDINEI DA SILVA CARNEIRO NETO:
Bacharelando no curso de Direito pela UnirG Universidade de Gurupi/TO.

CAROLINA PALMA PIMENTA FURLAN

(orientadora)

RESUMO: O Direito Digital tem como fim a relação entre o mundo jurídico e o mundo digital, ele tem a finalidade de regulamentar, acompanhar e orientar o que acontece na rede mundial de computadores e nos acessos informáticos numa perspectiva jurídica. Esse ramo do direito busca compreender as novas relações criadas pelas recentes tecnologias que foram capazes de transformar a nossa sociedade, tendo em vista que muitas ações, até antes impensáveis, tornaram-se possíveis através de pequenos aparelhos que cabem em nossas mãos. Esse direito consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os fundamentos essenciais conceitos jurídicos, que estão vigentes e são utilizados até hoje, assim como introduzindo novas categorias e terminologia para o pensamento jurídico, em todas as suas ramificações: (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional etc.). O nosso artigo científico esclarecerá que ninguém está impune dos delitos cometidos, embora esteja em um mundo digital e não físico, a tecnologia, os recursos dos órgãos de fiscalização, persecução e a polícia são capazes de localizarem os infratores. O objetivo do nosso trabalho é oferecer ao mundo científico, alternativas seguras e propostas para que todos possam acessar o mundo virtual com segurança e amparado por seus direitos, especialmente o direito de ter sua vida privativa, e ao mesmo demonstrar aos internautas que todo acesso tem limite, ninguém pode fazer tudo que quer e pensa.

Palavras-chave: Direito Digital. Crimes. Tecnologia. Internet. Computação.

ABSTRACT: Digital Law aims the relationship between the legal world and the digital world, it has the purpose of regulating, monitoring and guiding what happens on the world wide web and computer accesses from a legal perspective. This branch of law seeks to understand the new relationships created by recent technologies that were able to transform our society, considering that many actions, previously unthinkable, became possible through small devices that fit in our hands. This right consists of the evolution of Law itself, covering all the essential foundations of legal concepts, which are in force and are still used today, as well as introducing new categories and terminology for legal thinking, in all its ramifications: (Civil Law, Copyright Law , Commercial Law, Contract Law, Financial Law, Tax Law, Criminal Law, International Law,

etc.). Our scientific article will clarify that no one is unpunished for the crimes committed, even though they are in a digital and not physical world, the technology, the resources of the inspection bodies, prosecution and police bodies are able to locate the violators. The objective of our work is to offer to the scientific world safe alternatives and proposals so that everyone can access the virtual world safely and supported by their rights, especially the right to have their private lives, and at the same time demonstrate to internet users that every access has limit, no one can do everything they want and think.

Keywords: Digital Law. Crimes. Technology. Internet. Computing.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Sociedade Digital. 2.1 A Evolução Tecnológica. 2.2 A Evolução do Direito. 2.3 A manifestação Tecnológica na Sociedade Moderna – O Mundo do Trabalho. 3. O Direito Digital. 3.1 A Identidade Digital. 3.2 Direito Digital e Sua Relação Com Outros Ramos Do Direito. 3.3 Do Direito A Privacidade. 4 Os Crimes Cibernéticos. 4.1 A Legislação Sobre O Direito Digital. 4.1.1 Lei Dos Crimes Informáticos: Lei nº 12.737/2012. 4.1.2 Marco Civil Da Internet: Lei nº 12.965/2014. 4.1.3 Lei Geral De Proteção De Dados: Lei nº 13.709/2018. 4.1.4 Lei De Acesso À Informação: Lei nº 12.527/2011. 4.2 A Liberdade De Expressão E A Invasão Do Contrário. 4.3 O Direito Digital Como Uma Das Respostas Aos Crimes Cibernéticos. 4.3.1 O Novo Profissional Do Direito. 5 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Direito eletrônico trata-se de uma parte ramificada do Direito que rege as relações em ambientes virtuais. Não é porque todos estão por trás de uma tela de computador que podemos considerar que o acesso virou uma "terra de ninguém" e nela podemos fazer o que bem entendermos.

Esse direito está aí para estabelecer leis e garantir que ninguém seja constrangido ou lesado nesse ambiente. Ele é o conjunto de leis, aplicações, conhecimentos e regulação das relações jurídicas realizadas no meio digital. Essa parte do Direito cria parâmetros e regras das interações que ocorrem no meio online aconteçam de forma harmônica.

O Direito Cibernético é uma parte do Direito em ascensão no mercado jurídico e vem ganhando, assim, força juntamente com essa necessidade de encontrar soluções para as questões e impasses envolvendo a aplicação tecnológica. Com a popularidade da informática e o aumento de acessos das redes sociais e aplicativos, inúmeras questões jurídicas envolvendo o universo digital e a técnica começaram a aparecer.

O furto de dados, sites falsos com a finalidade de fraudar o consumidor, uso indevido de imagem e desrespeito aos direitos autorais são apenas alguns dos exemplos de situações que demandam regulamentação e soluções por parte dos agentes do Direito.

Mesmo o Direito Digital já conte com algumas leis específicas, como o (MCI) Marco Civil da Internet, a Lei nº 12,737/2012 – a Lei Carolina Dieckmann – e a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), trata-se de uma ciência nova com pouca autonomia e que dialoga diretamente com outros ramos jurídicos como o Civil, do Consumidor, Tributário e Penal.

O Direito Digital é conceituado como o conjunto de normas, aplicações conhecimentos e regulação das relações jurídicas realizadas no meio digital. Esse âmbito do Direito cria parâmetros e regras das interações que ocorrem no meio online aconteçam de forma harmônica. Uma das principais metas do Direito Digital é coibir a prática de condutas lesivas que geram a responsabilização do autor pelos danos gerados.

Por se tratar de uma realidade nova, o Direito Digital conta com poucas normas que regulamentam a questão. Todavia, isso vem mudando a cada ano e surgem mais leis, decretos e regras que tratam desse assunto vêm surgindo no legislativo.

Essa pesquisa buscará confrontar os delitos eletrônicos com o ordenamento jurídico brasileiro fundamentado no Direito Eletrônico, sendo mecanismo para coibir as práticas ilícitas, mesmo que o delinquente se encontre distante do mundo real da vítima.

O presente trabalho está divido em três capítulos: o primeiro capítulo "A Sociedade Digital" nos mostra os avanços e mudanças que foram surgindo ao longo da história, sobretudo com o surgimento da tecnologia e novos recursos digitais, demandas que surgiram e precisam de algumas respostas.

O segundo capítulo "O Direito Digital", apresenta esse novo ramo do Direito, que tem com base algumas legislações já existes e outras recém promulgadas, apresenta que ninguém mesmo no digital está isento de penas e transgressões penais.

O terceiro capítulo "Os Crimes Cibernéticos", apresenta a legislação vigente, as leis e a aplicação das penas para os delitos cometidos.

2 A sociedade digital

A sociedade digital surge para atender as demandas do mundo moderno e para ajudar o homem a ter uma vida mais cômoda, rápida e prática. O projeto principal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dessa corrente de pensamento é interligar o mundo, as pessoas, as culturas e as ideais. Ensina PECK (2016, p. 67) que

> *O avanço tecnológico na comunicação sempre perseguiu com a finalidade de criar uma Aldeia Global, permitindo que todas as pessoas do mundo pudessem ter acesso a um fato de modo simultâneo. Este é o princípio que orienta a criação de redes mundiais de telejornalismo, como a CNN, além de toda uma rede Broadcast Digital para transmissões ao vivo e em tempo real, de qualquer lugar do mundo.*

A Internet surgiu com a necessidade militar americana, durante a Guerra Fria (1947 – 1991), porque temiam um ataque russo às bases militares de inteligência. Para evitar tal ataque, foi idealizado um modelo de projeto de troca e compartilhamento de informações que permitisse a descentralização para mais de um local sem o comprometimento da segurança delas.

Desta necessidade, emergiu a *ARPANET* (*Advanced Research and Projects Agency* - Agência de Pesquisas em Projetos Avançados), que tinha como objetivo conectar as bases militares e os departamentos de pesquisa do governo americano, criando, assim, uma teia de conexões (*web*).

Essa tecnologia chegou ao Brasil no final da década de 80, ficando, inicialmente, restrita a universidades e centros de pesquisas, até que a Norma n.004/955 autorizou as empresas denominadas Fornecedores de Serviços de Conexão à Internet (PSCI) a comercializar o acesso à *internet*. Nas palavras de JÚNIOR (2001, p. 20):

> *A Internet, portanto, nada mais é do que uma grande rede de computadores interligados, na qual pessoas de diversas partes do mundo, com hábitos e culturas diferentes, se comunicam e trocam informações. Ou, em uma só frase, é a mais nova e maravilhosa forma de comunicação existente entre os homens.*

A *internet* assume um papel de protagonismo na atuação do Direito Eletrônico, ela é a base do universo eletrônico, dos novos veículos de comunicação e das redes sociais. Seria quase que impossível falar de Direito Digital sem a *internet*.

O Direito Digital é um tema novo e importante para o universo científico e jurídico, sendo muito amplo, e nosso foco será voltado para o Direito Digital como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mecanismo para coibir as práticas de vários delitos no mundo da informática, tecnologia e *internet*.

Direito Digital é para TEIXEIRA (2020, p. 19) a "evolução do próprio Direito, abrangendo todos fundamentos essenciais e conceitos jurídicos que estão vigentes e são utilizados até hoje, assim como introduzido novas categorias e terminologias para o pensamento jurídico, em todas as suas ramificações".

Essa visão é interessante porque não considera o digital como um mundo separado, mas sim uma realidade integrada que não se pode ignorar ou distinguir do "real", ou seja, é uma necessidade que o direito, como área do saber, evolua para incorporar os problemas e possibilidades trazidas pela comunicação em rede. Isso acontece seja com a adaptação dos princípios fundamentais já instituídos ou agregando novos elementos ao pensamento jurídico.

2.1 A Evolução Tecnológica

A tecnologia começou a surgir em um período muito distante. Podemos dizer que as primeiras invenções foram às ferramentas que o homem pré-histórico desenvolveu para aperfeiçoar a sua caça e assim obter alimento com mais facilidade. Logo veio a descoberta do fogo, que pode ser considerada como a primeira descoberta de grande importância.

A sociedade vai se evoluindo com os avanços tecnológicos que aparecem a cada momento, esses avanços mudam o rumo das culturas e das comunidades. O homem modifica sua relação com o cosmo, transformando o direto em uma relação indireta.

Sem dúvida uma das maiores conquistas dessa evolução tecnológica foi a *internet*, que possibilitou ao homem a interação e a comunicação em massa. Segundo CASTELLS (2003, p. 10):

> *A Internet originou-se de um projeto ambicioso e ousado, imaginado na década de 1960 pelos guerreiros tecnológicos da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (a mítica DARPA) para impedir a tomada ou destruição do sistema norte americano de comunicações pelos soviéticos, em caso de uma guerra nuclear. O resultado de toda essa preocupação foi uma arquitetura de rede que, como queriam seus investidores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *de redes de computadores autônomos com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas.*

Os avanços tecnológicos levaram o homem a mudar seus hábitos e costumes, como o crescimento de novas mídias e aplicativos, a sociedade passou a adotar nova forma de viver, tendo como maior marco a rapidez e agilidade, como dizem alguns escritores modernos, o mundo é uma aldeia globalizada. Nas palavras de PECK (2016, p. 51):

> *A sociedade humana vive em constante mudança - mudamos da pedra talhada ao papel, da pena com tinta ao tipógrafo, do código Morse à localização por Global Positioning System – GPS, da carta ao e-mail, do telegrama à videoconferência. Se com a velocidade das informações circulam hoje cresce ainda mais, a velocidade com que os meios pelos quais essas informações circulam e evoluem também é espantosa.*

Essas mudanças na área da informática refletem diretamente na vida das pessoas, empresas e grupos, elas condicionam um acesso mais rápido à informação e comunicação, levando o mundo a ser mais ágil e veloz. Sobre o assunto, TANENBAUM e WETHERALL (2011, 23) ensinam:

> *O que modificou, sobremaneira, a utilização desses recursos foi o advento das redes de computadores. A partir desta facilidade as informações puderam ser compartilhadas e utilizadas por vários indivíduos, seja através de topologia de redes de locais, ou mesmo redes remotas.*

Tal evolução é indispensável para o crescimento do homem e da ciência, as coisas vão mudando com o próprio tempo, como se tem uma expressão conhecida "o novo sempre vem".

2.2 A evolução do direito

Desde a filosofia ainda com os pré-socráticos temos uma visão de mudança e evolução do ser humano, como disse Heráclito de Éfeso (500 a.C. – 450 a.C.) "o homem não tem necessidade de entrar duas vezes no mesmo rio, porque a pessoa já não é a mesma e as águas também não são as mesmas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Também com Platão percebemos essa mentalidade de crescimento da pessoa humana, no Mito da Caverna, na sua obra a República, ele narra que o homem que foge da caverna é o filósofo, que busca a luz, sendo essa luz, a verdade, quando ele volta para comunicar os outros prisioneiros acontece a dialética, o diálogo dos opostos.

A evolução do homem é um processo natural na história, ele sempre busca se evoluir e aperfeiçoar seus talentos e habilidades. Nas palavras de CHAUI (2006, p. 45):

> *A história não é sucessão de fatos no tempo, não é progresso das ideias, mas o modo como homens determinados em condições determinadas criam os meios e as formas de sua existência social, reproduzem ou transformam essa existência social que é econômica, política e cultural.*

Essa evolução é essencial para o crescimento e amadurecimento do homem, significa que o mesmo não é um ser pronto, mas dinâmico e criativo, que impõe sobre o seu meio, ou seja, sua modificação o faz um ser cultural capaz de transformar o natural.

Para melhor compreender o homem precisamos aprofundar na sua origem e nas ciências específicas para o estudo do ser humano, sobretudo a antropologia, a psicologia e biologia. Segundo NIELSEN (1988, p. 23)

> *Costuma-se atribuir à palavra homem duas origens. A primeira do grego ânthropos - que significa rosto de varão -, por oposição à palavra homem enquanto o indivíduo masculino, da espécie humana, e quer dizer: que tem valor, virtude e qualidade. Nessa concepção, homem distinguiu-se dos demais seres. A segunda, do latin humus, que significa terra.*

A pessoa humana é uma unidade múltipla, isto é, constituída de diversas dimensões: razão, vontade, consciência, liberdade, afeto e outras dimensões. Mas as duas dimensões mais importante na pessoa humana são a corporal, que expressa seu lado material e a espiritual, que expressa sua experiência metafísica. A pessoa humana vai se revelando através de suas atitudes, como dizia Tomás de Aquino, nas palavras de LUCAS (2002, p. 184) "A natureza do ser manifesta no agir". Em outras palavras, o agir sempre acompanha o ser.

O grande pensador medieval, BOÉCIO (2005, p.159) descrevia a pessoa como "substância individual de natureza racional". Embora o ideal de pessoa humana

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

constitua o núcleo da moral Ocidental, em certos ciclos históricos ou em segmentos nacionais pode vigorar a acepção de pessoa humana que se contraponha àquele ideal.

Assim como as sociedades se evoluem com o tempo, o direito também vai se evoluindo e modificando seus códigos, dispositivos e normas para atender as demandas atuais sem perder o conteúdo e essência. Por isso, não se pode pensar um direito estático e imutável, o direito segue o fluxo da vida e da vivência social, ele é sempre vivo e atual.

Aqui não é nosso objetivo trazer os aspectos da História do Direito, mas ajudar a perceber que a ciência jurídica vai evoluindo de forma natural seguindo os novos hábitos e costumes. Saímos do Código de Hamurabi para Códigos Modernos, saímos do processo físico para o processo eletrônico, nos últimos tempos das audiências presenciais para audiências *online*. FINCATO, MATTE e GUIMARÃES (2015, p. 40) dispõem que:

> *Historicamente, todos os veículos de comunicação que compõem a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento em que tornaram instrumentos de comunicação de massa, pois a massificação do comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo Direito, sob pena de criar insegurança no ordenamento jurídico e na sociedade. Foi assim com a imprensa, o telefone, o rádio, a televisão e o fax. Cada um deles trouxe para o mundo jurídico particularidades e desafios: a questão dos direitos autorais, a liberdade de imprensa, as restrições à programação por ofensa a valores ou moral, as encomendas por fax, as compras por telefone, a licença do jocoso para não cair na calúnia e na difamação, o amparo das fontes, os contratos dos anunciantes, os seguros de transmissão, entre outros.*

O Direito é fruto do seu tempo, ele vai evoluindo com as transformações sócias, sem perder os princípios e os valores fundamentais.

2.3 A Manifestação Tecnológica na Sociedade Moderna – O Mundo do Trabalho

O trabalho na atual sociedade se constitui em um dos maiores valores econômico, social e cultural. É através do trabalho que se obtém educação, cultura, lazer, propriedade, liberdade e igualdade. Arrisca-se mais, pois é através do trabalho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que o homem alcança dignidade. Não é a toa que a maior da sociedade apresenta-se mencionando de praxe a sua profissão.

Se antes o trabalho era visto como um pesar, como uma pena ou apenas comum com aqueles que supostamente seriam hierarquicamente inferiores, atualmente, o trabalho tem foco e *status* social, como ensinam FINCATO, MATTE e GUIMARÃES (2014). Trabalha-se hoje muito mais pela obtenção do acúmulo de capital, trabalha-se para satisfazer-se pessoalmente.

Com a técnica a mundo do trabalho sofre diversas mudanças e impactos que vão influenciar no novo jeito de ser e viver. O homem está com mais constância perdendo o posto para a máquina. Mais uma vez, um destaque para os ensinamentos de FINCATO, MATTE e GUIMARÃES (2014, p. 22)

> *O mercado de trabalho e o perfil dos empregados foram modificados. A tecnologia já está presente no cotidiano de cada trabalhador, trabalha-se utilizando-se celulares e smartphone, faz-se call conference ou vídeo conference, utilizam-se mais ferramentas como Skype, notebooks, tablets, aplicativos e a rede já é essencial ao trabalho da grande maioria dos profissionais.*

As novas tendências tecnológicas geraram mudanças profundas na convivência social, praticamente estamos saindo de uma sociedade rural para uma sociedade industrial, o homem está mais dinâmico e conta com a assistência indispensável dos recursos modernos, que o coloca numa situação privilegiada, capaz de ter mais produtividade, agilidade e resultado.

Temos hoje um avanço não somente na tecnologia, porém no próprio mercado de trabalho, com as novas situações tudo passa por um processo de grande transformação. Nas palavras de RACHEL (2009, p. 33):

> *Tecnologia e mercado de trabalho estão passando por um processo de influência mútua. Se por um lado o crescimento da técnica oferece mais soluções para áreas como indústria, comércio e serviços, por outro, o mercado de trabalho passa por profundas transformações que culminam na extinção de cargos, especialmente aqueles que exigem funções manuais, e na criação de novas oportunidades de trabalho que são necessárias para lidar com essas mudanças.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não é de hoje que a técnica tem influência direita sobre o mercado de trabalho. Desde a primeira Revolução Industrial, que ocorreu na Inglaterra, a partir de 1760, o surgimento de máquinas substituiu funções que antes eram exercidas pelos homens, causando demissões em determinados setores.

O direito digital

O nascimento da globalização propiciou o surgimento de novas tecnologias, as quais diminuíram a distância no relacionamento interpessoal em todo mundo através de computadores e da *internet*, verificando-se as chamadas relações virtuais. A tendência é a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico.

A evolução da informática possibilitou o processamento e troca de informações de uma forma muito rápida, ocorrendo a virtualização das relações entre os indivíduos. O Direito Digital é uma ramificação do direito que envolve várias áreas jurídicas, sobretudo a informática, a técnica e o próprio direito penal.

Direito Digital é segundo TEIXEIRA (2020, p. 17) a:

> [...] Evolução do próprio Direito, abrangendo todos fundamentos essenciais e conceitos jurídicos que estão vigentes e são utilizados até hoje, assim como introduzido novas categorias e terminologias para o pensamento jurídico, em todas as suas ramificações".

Quem não se lembra da resistência ao videocassete**?** Agora temos o *Internet Banking*, DVD, MP3, HDTV – *High Definition Television,* TV Interativa, TV Digital, Banda Larga, WAP, VoIP. O que todas essas siglas significam para o mundo jurídico atual**?**

Significam que são os novos agentes do Direito os responsáveis por garantir o direito à privacidade, do direito de imagem, da produção intelectual, a proteção do direito autoral dos *royalties*, da segurança da informação, dos acordos e parcerias estratégicas, dos processos contra *hackers* e muito mais.

Para isso, PECK (2016) explica que o Direito Digital deve ser entendido e estudado de modo a criar novos instrumentos capazes de atender a esses anseios. O Direito Digital é fruto das novas demandas que vão surgindo, ele é um âmbito novo, mas que vem ancorado em legislação já vigente e própria. Que ajuda a proteger dados, imagens e privacidade.

As comunicações, com o advento da internet, revelaram-se de forma instantânea, além do elemento da transparência no trato das informações constantes

nos bancos de dados informatizados, tendo em vista que qualquer pessoa tem acesso aos aspectos da vida social de qualquer outro indivíduo.

Dessa forma, a internet criou um espaço ilimitado, sem limites geográficos e ideológicos, até mesmo, um "lugar" insubordinado, no qual constantes direitos são violados como o da vida privada da pessoa, lugar onde crimes são cometidos, surgindo grandes discussões no direito acerca dessa nova realidade, razão pela qual se propõe, com o presente estudo, analisar essas implicações da informática, bem como se o Direito passou a ter um novo ramo capaz de regular essas questões que surgem com esse novo espaço chamado virtual.

PECK (2016, p. 77), diz ser evidente que o Direito Digital não é capaz de acompanhar o avanço das nossas mídias, do mundo da informatizado e técnico mas sua legislação tende sempre a está atualizada e adequada. Com esse raciocínio, a mencionada autora explica que

> *No Direito Digital prevalecem os princípios em relação às normas, pois o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade de legislar. Por isso, a disciplina jurídica tende à auto-regulamentação, pela qual o conjunto de normas é criado pelos próprios participantes diretos do assunto em questão com soluções práticas que atendem do dinamismo que as relações de Direito Digital exigem.*

2.1 A Identidade Digital

Não é fácil de modo geral punir os delitos, as vezes faltam recursos materiais, falta tecnologia e ainda o trabalho de investigação, que tem um número de pessoas limitadas, aqui nos referimos aos crimes comuns que acontecem praticamente todos os dias.

No que tange os crimes eletrônicos, por meios digitais, a situação ainda é mais difícil, a *internet* é um mundo muito aberto, nem sempre o sujeito deixa rastro, não temos provas concretas. PECK (2016, p. 108) trata do tema da seguinte forma:

> *A situação da prova de autoria desafia o direito na geração digital. Como saber quem está do outro lado da interface gráfica?* ***A tecnologia tem nos ajudado a tentar determinar de forma mais inequívoca a identidade do indivíduo. No entanto, o ambiente de mobilidade da geração digital proporcionou***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma visão que se enxergue apenas a biometria como forma de se ter uma autenticação mais válida.

Mas como operacionalizar isso no acesso à *internet*, ainda mais com o crescimento dos *hot spots* de *wi-fi/wireless*? Como deve ser esse modelo de identidade em que um mundo plano, com fronteiras informacionais, em que não questionar quem está passando pela porta virtual pode estimular a prática de ilícitos?

Essa discussão atinge desde o modo como o Brasil melhorou o padrão do documento de passaporte, o uso de coleta de digitais pela Polícia Federal, inclusive na imigração de diversos países, bem como a entrada em vigor do RIC – Registro Único de Identidade Civil, trazido pela Lei N. 12.058/2005, anunciado pelo Governo Federal, para unificar os documentos de identidade.

A grande questão envolvendo a discussão de uma identidade digital obrigatória diz respeito à relação que a mesma tem com dois grandes impactos legais na Sociedade, um de ordem civil (afastar, repúdio, especialmente no tocante à fraude de emissão, à fraude de uso e à auto fraude) e outro de ordem criminal (combater o alto índice de impunidade devido à falta da prova de autoria inequívoca do crime pelo infrator quando este se encontra do outro lado de uma tela ou interface gráfica).

2.2 Direito Digital E Sua relação com outros ramos do direito

O Direito Digital por abordar de assuntos amplos e diversos, se tornou multidisciplinar, ou seja, ele tem uma relação com outras disciplinas, que no mundo jurídico chamamos outros ramos do direito.

O Direito Digital é uma disciplina nova ou também podemos falar num ramo novo do direito, mas ele é a aplicação do próprio direito, isto é, de leis já existentes, mas que foram aperfeiçoadas e outras criadas para atender as demandas que foram surgindo no mundo virtual. Como nos ensina BEZERRA e AGNOLETTO (2016, p. 20) "com o mundo virtual, completamente novo e diferente, tipos penais, locais de crime, assim como jurisdição e competência de juízos precisam ser interpretados sob novos princípios de Direito".

É relevante destacar que a relação entre o direito já existe com o direito digital comtempla o surgimento de diversos contratos de compra e vendas, comodato e empréstimos com termos de adesão.

Neste sentido, o Direito Digital vai evoluindo no confronto de novas necessidades, considerando ramos já existes no ordenamento jurídico, mas que são adaptáveis as realidades tecnológicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.3 Do Direito À Privacidade

Precisamos ter a compreensão que os atos jurídicos, mesmo de cunhos tecnológicos precisam ter como fim os princípios constitucionais, que são a base de todas as discussões e tratativas jurídicas.

> *Art. 5º.*
>
> *[...]*
>
> *XII - É inviolável o sigilo da correspondência das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, em último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Desse modo, esse tópico estabelece que os Direitos e Garantias Fundamentais, esclarecem que as comunicações criadas por meio de e-mails, devem conservar as informações intactas ali presentes. Como nos apresenta o docente PAIVA (2002, p. 29) de maneira rigorosa:

> *A Constituição Federal assegura de forma sistemática o respeito à vida privada e a intimidade do cidadão que tem o direito de se corresponder com os demais via e-mail, sem que alguém possa intervir na intenção de ter o conhecimento de qual a substância da correspondência, por tratar-se de informações de caráter íntimo que só dizem respeito aos interlocutores e que tem a garantia de não vê-las violadas por terceiros curiosos ou interessados.*

Temos que ressaltar que na ausência de regras, normas, decretos e leis que decidam esse conceito no mundo virtual, bem como elucida RAMOS (2002, p. 28), "o instrumento jurídico no trato desses assuntos será inevitavelmente a Constituição Federal, onde estão assentes os princípios basilares desse direito personalíssimo".

O Direito Digital encontrará uma tensão entre os interesses coletivos e o direito de privacidade, nem sempre será fácil uma justa medida, o mais importante é saber respeitar os limites e o direito dos outros. PECK (2016, p.83) esclarece:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *O Direito Digital tem o desafio de equilibrar a difícil relação existente entre interesse comercial, privacidade, responsabilidade e anonimato, gerada pelos novos veículos de comunicação. Esta equação só pode ser equilibrada se socialmente aceita e cobrada mediante procedimentos de vigilância e punibilidade que devem ser determinados pelo próprio Direito Digital.*

Logo, não há lacuna jurídica no tocante à solução da vida privada na internet. Há, sim falta de entendimento quanto à aplicação de normas em vigor para questões relativamente novas, que exigem uma interpretação da norma e sua adequação ao caso concreto. Este é um princípio essencial fundamental para a aplicação do Direito, o qual, o consequentemente deve ser adotado também nessa área do direito. Conforme o exposto, PECK (2016 p. 94), esclarece que:

> *É evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. Porém, não há lesão a direito se houver consentimento, no mesmo que implícito, na hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Nesse caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso.*

Os crimes cibernéticos

Com o advento da nova sociedade tecnológica, principalmente com o alcance da *internet* na década de 60, revolucionaram-se os mecanismos de troca de dados no tempo e no espaço. Desse modo, a internet passou a ser o principal vetor que conduz informações de todo gênero para qualquer parte do planeta.

Com o mundo globalizado e ainda mais interconectado, com o número de usuários de atuais tecnologias, vem crescendo de forma exponencial, as legislações nesta ramificação do direito precisam estar atualizadas para nos proteger dessa nova modalidade delitiva que a cada dia coloca em risco integridades físicas, morais e financeiras de pessoas físicas, pessoas jurídicas e até de governos. BEZERRA e AGNOLETTO (2016, p.20) leciona que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *Uma coisa é certa, quando demoramos em nos proteger com medidas legais para o combate a este tipo de delito, mais crescerá e como possui uma característica de auto renovação, e evolução de tecnologias, mais difícil será acabar com a impunidade dos crimes cibernéticos que já possuem uma geração econômica no patamar do tráfico internacional de entorpecentes, mas que não possuem o mesmo viés de violência o estereótipo dos guetos e favelas.*

Legislar sobre conteúdo de crimes no tempo digital é extremamente difícil e delicado. Isso porque sem a devida redação do novo tipo penal corre-se o risco de se acabar punindo o inocente. Além disso, sabemos que em computação forense as "testemunhas máquinas" não conseguem diferenciar "culpa" de "dolo", ou seja, um computador não traz informações de contexto da situação, tampouco consegue dizer se foi "sem querer", sem intenção.

Um exemplo disso é a tentativa de se tipificar o crime de envio de arquivo malicioso em *e-mail*. Muitas pessoas, até por excesso de inocência, enviam *e-mails* com vírus para outras. LIMA (2016, p.97).

> *Além disso, o computador pode ter se tornado uma máquina "zumbi", sendo usada remotamente por terceiros para gerar este tipo de ação. Por isso, devemos acompanhar esta discussão toda no Legislativo, visto que é necessária. Nós temos atualmente novas condutas, bem como condutas antigas que merecem um novo tipo de punição. Desse modo, precisamos, para o objeto de crimes eletrônicos, de uma boa atualização do Código Penal Brasileiro, do Código de Processo Penal Brasileiro e da Lei de Execuções Penais. Mas nada disso será útil sem um modelo forte de prova de autoria, de uma identidade digital obrigatória.*

Não é fácil punir os crimes cibernéticos, além da ausência de materialidade nos delitos, falta ainda recursos tecnológicos para acompanhar os ilícitos.

3.1 A Legislação Sobre O Direito Digital

O que orienta as relações jurídicas em ambiente digital ainda é bastante tímida, principalmente se comparada ao volume de inserção de pessoas nessa nova realidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No entanto, os países vêm, aos poucos, buscando formas de legislar o assunto, embora sofram com a dificuldade de acompanhar a rapidez das mudanças no meio.

No nosso país, temos que fazer uma adaptação das leis do mundo analógico, as principais normas criadas pelo Congresso Nacional são as seguintes: Lei dos Crimes Informáticos, Marco Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados e Lei de Acesso à Informação.

3.1.1 Lei Dos Crimes Informáticos: Lei nº 12.737/2012

A Lei Brasileira 12.737/2012, A Lei Carolina Dieckmann como popularmente ficou conhecida, sancionada em 30 de novembro de 2012 pela então Presidente Dilma Rousseff, entrou em vigor no dia 02 de abril de 2013 e promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940), tipificando, delitos ou crimes de informáticos.

A legislação é oriunda do Projeto de Lei 2.793/2011, apresentado em 29 de novembro de 2011, pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramitou em regime de urgência e em tempo recorde no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos que as Casas de Leis apreciavam (como, por exemplo, o PL 84/1999, Lei Azevedo, também transformado em Lei Ordinária 12.735/2012, em 03 de dezembro de 2012).

O PL (Projeto de Lei) que resultou na "Lei Carolina Dieckmann" foi proposto em referência e diante de situação específica experimentada pela atriz, em maio de 2012, que teve arquivos copiados de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima e conversas, que acabaram divulgadas na internet sem autorização.

Os delitos previstos na Lei Carolina Dieckmann são:

> *Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*
>
> *Art.154-B - Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.*
>
> *Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.*
>
> *Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos e multa.*

A Lei vem merecendo críticas de juristas, peritos e especialistas de segurança da informática, pois seus dispositivos seriam amplos e poderiam gerar dupla interpretação, ou mesmo interpretação subjetiva, o que poderia ser utilizado para o enquadramento criminal de condutas triviais ou mesmo para defesa e respaldos de infratores cibernéticos, o que tornaria a lei injusta e ineficaz.

Para outra corrente, as penas são pouco inibidoras, sendo muitas situações enquadráveis nos procedimentos dos Juizados Especiais, o que poderia contribuir para a não eficiência no combate aos crimes cibernéticos no Brasil.

3.1.2 Marco Civil Da Internet: Lei nº 12.965/2014

A explosão do uso de diversas ferramentas na internet criou um ambiente social que culminou com um aumento substancial de conflitos.

No início, quando o judiciário brasileiro teve que decidir as primeiras causas relacionadas ao ambiente de internet, diversas questões ficavam em aberto, dentre elas: qual a responsabilidade do site pelos comentários publicados pelos leitores? Qual era o tempo que um *log* de acessos deveria ficar guardado em um provedor? Como deve proceder um ofendido para retirar um conteúdo considerado ofensivo?

> *As novas tecnologias que propiciaram a origem do computador e da internet implicaram no aparecimento da chamada Era Digital. A imbricação tecnologia-direito implica no surgimento de questões e situações inéditas para o ramo disciplinar do Direito, seja do ponto de vista da sua regulamentação, solução ou aplicação. A falta de normas, nos dias atuais, que regulamentem*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

essas novas situações surgidas com o a era da informática não pode mais atormentar a vida dos operadores do Direito.

Depois de um longo debate, essa Lei nº 12.965/2014, ou Marco Civil da Internet (MCI), foi promulgada em abril de 2014, trazendo a normatização para várias destas questões de nossas vidas na rede e tornando-se uma lei-base para esse novo mundo em que vivemos.

Assim, após a apresentação básica, passamos aos pontos mais importantes dessa lei e ao que podem representar em nosso dia a dia. Do Art. 1º ao 4º, traz-se um apanhado de princípios gerais da lei. Em muitos pontos, se repetem garantias já dispostas na Constituição:

Art. 1º A Lei estabelece princípios, garantias, direitos e obrigações para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de falar e pensar, conhecida liberdade de expressão, bem como:

I - O reconhecimento da escala mundial da rede;

II - Os direitos humanos, o desenvolvimento da pessoa e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - A pluralidade e a diversidade;

IV - A abertura e a colaboração;

V - A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa dos consumidores; e

VI - A finalidade social da rede.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O artigo 5º traz definições técnicas sobre termos que serão utilizados mais adiante, como as que explicaram o que seja terminal, endereço IP64 e registro de conexão, por exemplo:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - Internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a informação de dados entre terminais através de diferentes redes;

Devemos destacar a delimitação precisa dos registros, assunto que era causa de muitas disputas antes da promulgação da lei. Tratou a lei de escolher formas menos invasivas para identificação de autores de ilícitos na *internet*. O registo de conexão traz apenas a data de início, a data de fim e o endereço IP, ao passo que o registro de acessos trata das transações realizadas por endereço numa aplicação.

BEZERA e AGNOLETTO (2016, p.67) ensinam que quem deve guardar o registro de conexão é o "administrador de sistema autônomo", que vem a ser o provedor de acesso que normalmente fornece o serviço por meio de banda larga ou telefonia móvel.

TABELA 1 – SOLICITAÇÃO DE REGISTRO DE CONEXÃO

Endereço IP	Início	Final
200.12.9.187	20/04/2015, 12:30:12	20/04/2015, 16:22:11
2020.12.9188	20/04/2015, 12:32:24	20/04/2015, 13:31:57

Fonte: LIMA, Glaydson de Faria. **Manual de Direito Digital Fundamentos, Legislação e Jurisprudência.** Curitiba: Aparris editora, 2016, p. 172.

64 O IP é uma expressão bastante popular, embora nem todo mundo saiba exatamente o seu significado. O termo é a sigla para Protocolo da Internet, ou *Internet Protocol*, em inglês. Esse protocolo funciona de forma semelhante ao CPF de uma pessoa física, permitindo que conexões e dispositivos sejam identificados a partir de uma sequência numérica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Note que essas informações são incapazes de identificar o autor do ilícito, já que, em uma requisição judicial, há interesse em saber quem estava usando aquele endereço IP em que determinado momento. Dessa forma, o dado civil do agente, ou algo que identifique civilmente quem estava utilizando aquele endereço, por mais que não esteja explicitamente descrito na lei, é informação obrigatória, já que a sua inexistência inviabiliza a própria função de fornecimento dos dados.

3.1.3 Lei Geral De Proteção De Dados: Lei nº 13.709/2018

A Lei Geral de Proteção de Dados, criada a partir da Lei nº 13.709/18. Essa é provavelmente a lei que atualmente é a mais relevante dentro do campo do direito digital. O próprio nome já traz, essa lei tem como objetivo específico resguardar os dados pessoais de pessoas e empresas que estão dentro da internet, conforme aponta o seu artigo 1º:

> *Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.*

Essa lei apresenta consequências enormes nas relações comerciais de empresas que utilizam os dados das pessoas para prospecção de clientes, uma vez que garante maior transparência das empresas com o público, mostrando como utilizam dados pessoais dos indivíduos.

Tal proteção de dados é uma das discussões mais importante a respeito do direito digital no mundo inteiro. Ter uma legislação específica para essa proteção, que garante maior transparência na manipulação de dados pelas empresas, foi um passo fundamental para a área no Brasil.

4.1.4 Lei De Acesso À Informação: Lei nº 12.527/2011

A Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como lei de Acesso à Informação, preceitua que as informações referentes à atividade do Estado são públicas, exceto aquelas expressas na legislação. Ela regulamenta o direito à informação garantido pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXIII.

> *Art. 5º [...]*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à proteção da sociedade e do Estado.*

Assim, a divulgação de informações ganha procedimentos para facilitar e agilizar o acesso, além de fomentar o desenvolvimento de uma cultura de transparência e controle social na administração pública.

Há duas vertentes para o acesso à informação: disponibilização de informações públicas em atendimento a solicitações específicas de um interessado e a divulgação de dados de interesse coletivo ou geral pelo setor público, independentemente de requerimento.

A lei em estudo define a disponibilização das prestações de contas dos entes públicos com a utilização da técnica da informação. Sendo assim, a legislação nacional ainda carece de uma maior profundidade sobre o Direito Digital, até porque, em muitos casos, as leis antigas não dão conta de proteger o cidadão.

Lembre-se, por exemplo, do estelionato praticado em outro território. Nesse caso, a punição do infrator dependerá também de normas de cooperação com outros países, que ainda engatinham.

4.2 A Liberdade De Expressão E A Invasão Do Contrário

No nosso direito, a atual Carta Magna trata a liberdade de expressão sob o seguinte fundamento "art. 5º. [...] IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

Contudo, apesar da expressa previsão constitucional, não pode ser considerado um direito absoluto e cada caso deve ser analisado no que diz respeito aos seus limites e consequências de extrapolá-lo.

O que trazemos à discussão é a questão da invasão de espaço de opinião contrária e a alegação da liberdade de expressão como propulsora de debates extremistas cada vez mais constantes comuns na internet.

Se uma página do *Facebook* de um veículo de imprensa publica notícia demonstrando que determinada instituição religiosa foi beneficiada duvidosamente por verbas de um Governo, ali se abre um espaço a debate sobre a validade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

utilização dos recursos. Os debatedores poderão, dentro de uma certa liberdade que não pode extrapolar limites, expor sua opinião, defendendo seus pontos de vista.

No caso citado, diferente é a situação em que pessoas invadem o próprio ambiente virtual da beneficiária para atacar dogmas e expressar toda sua ira. Mesmo num ambiente digital, determinados espaços devem ser respeitados, pois, transportando a discussão para um ambiente físico, não se toleraria que um grupo invadisse um templo ou uma igreja para esbravejar contra o credo ali aceito.

Em contraponto, se uma página de ateus discute a não existência de Deus, não há de ser invadida por grupos fundamentalistas religiosos pregando o contrário. Sob o manto da liberdade de falar, a conhecida liberdade de expressão, ataca-se a tolerância e o respeito que, de tão insensatos que se tornaram os debates extremistas na *internet*, findaram por fazer com que muitos veículos abolissem espaços públicos dedicados aos debates dos leitores, como nos casos daqueles reservados para comentários em grandes *sites*.

Como consequência, o termo, "comentarista da internet" passou a definir um grupo de pessoas radicais que se utilizam do possível anonimato para atacar qualquer tipo de grupo social. Não adianta saber qual o tema da página em questão, pois, ao tratar desde uma denúncia sobre desvio de dinheiro público até uma receita de torta de morango, sempre aparecerá alguém para, mesmo que atravessando, inserir um assunto polêmico.

4.3 O Direito Digital Como Uma Das Respostas Aos Crimes Cibernéticos

O Direito Digital por ser uma ramificação nova do Direito, surge com a tentativa de evitar vários ilícitos do mundo da internet, mas é evidente que ele não é capaz de abarcar todas as situações no universo cibernético. Entretanto, pode ajudar inibir muitas ações no contexto do anonimato.

Muitos delitos foram passando sem nenhuma punição, por se tratar de uma realidade nova e sem legislação, ficou muito difícil o controle. O próprio Código Penal traz consigo no seu artigo 1º a garantia de que não há crime sem uma lei prévia.

O Direito Digital tem uma posição importante para a vida das pessoas físicas e jurídicas. A grande maioria das informações de pessoas, organizações e governos do mundo inteiro está contida atualmente na *internet*. A Era Digital é uma realidade que engloba a maior parte do mundo, onde a continuidade da economia e das sociedades está intrinsicamente à rede mundial de computadores.

Com esse fato, o surgimento de normas e regulamentos que protegem juridicamente essas informações e as relações que elas têm entre si e com outras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pessoas se mostra com frequência fundamental para a segurança da sociedade e de suas organizações.

O direito digital, portanto, se mostra um ramo não só fundamental para a continuidade da evolução tecnológica e sua coabitação com o desenvolvimento do homem, mas também crítica para a proteção desses dados e informações valiosíssimos para esses grupos.

Contudo, o nosso direito ainda tenha que desenvolver muito no que se diz ao Direito Digital, as legislações sobre o tema, que começaram a aparecer na última década, são um testamento de que essa parte do Direito tende a se evoluir e ser mais presente na vida dos profissionais do direito.

4.3.1 O Novo Profissional Do Direito

Com o crescimento da tecnologia e das atividades modernas, o profissional do direito tem que se atualizar a cada momento, pois são marcantes e profundas as mudanças que acontecem nos tempos atuais, como ensina PECK (2016, p. 563)

> *Na comunidade digital, o advogado tem de ser um estrategista. A complexidade da sociedade traz maior complexidade jurídica. Já não é suficiente conhecer apenas o Direito e as leis, devem-se conhecer os modelos que conduzem o mundo das relações entre pessoas, empresas, mercados e Estados. A postura profissional de estrategista significa assumir um papel determinante para a adequada condução dos negócios no mundo virtual. Cabe ao profissional do Direito dar os caminhos e as soluções viáveis, pensadas no contexto competitivo e globalizado de um possível cliente virtual-real, convergente e multicultural.*

O perfil conservador e formal já há muito tempo conhecido do profissional jurídico, está com os dias contados. O contexto atual insere a figura jurídica como essencial aos negócios e figura essencial para a tomada de decisões tanto na esfera particular quanto na esfera empresarial.

Busca-se um maior aperfeiçoamento na área, com profissionais que tenham maior abertura à visão sistêmica do negócio, englobando diversos domínios, como o administrativo, financeiro e tecnológico e de recursos humanos, pois cabe também ao líder jurídico a gestão de pessoas, técnicas e habilidades financeiras, planejamento,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

orçamentário, redução de custos, alta performance, comunicação integrada, ou seja, requer-se a figura de um advogado empreendedor.

Nesse contexto, é importante, que o advogado deve ter uma visão e conduta de negociador. Já não cabe uma visão contenciosa ou legalista. Em sua formação, passa a ter uma importância saber dominar as novas ferramentas e novas tecnologias à disposição, estudar as inter-relações comerciais e pessoais, além de ser essencial que tenha conhecimento global das diversas disciplinas do Direito Digital, com suas novas linguagens, terminologias e códigos. Nessa linha, PECK (2016, p. 566)

> *No contexto do novo profissional do Direito, estrategista, informatizado, com visão de negociador, devemos abordar mais um aspecto que tem gerado controvérsias, o referente aos serviços jurídicos prestados online. Atualmente, existem mais domínios de profissionais liberais registrados para advogados do que qualquer ramo, ultrapassando até mesmo os profissionais de tecnologia de informação.*

Esse novo profissional do direito possui a obrigação de estar sempre aberto para as novas realidades que vão surgindo, acompanhando o que chamamos de mudança de época, pois, o mundo está em constante mudança.

5 CONCLUSÃO

O Direito Digital é o fruto da ligação entre a ciência do Direito e a Ciência da Computação sempre empregando novas tecnologias. É visto como do conjunto de regras, aplicações, conhecimentos e relações jurídicas, oriundas do universo digital.

Essa nova ramificação jurídica corresponde a somatória de normas que visam tutelar os relacionamentos humanas e as violações comportamentais em ambientes digitais, isto é, se com o emprego da tecnologia, as pessoas enviam e recebem informações, realizam negócios e emitem opiniões, devem existir regras e princípios que orientem a conduta nesse meio.

Tais diretrizes, em grande parte, são adaptações de leis antigas a uma demanda que não foi pensada por seus idealizadores. Por exemplo, o Código Penal de 1940 prevê o crime de estelionato que, atualmente, pode ser praticado por um indivíduo que nem sequer está no território nacional, graças à internet.

O Direito Digital é bastante complexo. São inúmeros os impasses legais que envolvem tecnologias *online*. Com a primordialidade de digitalizar os processos e

trabalhar em rede para ter mais eficiência e produtividade, as empresas não vão escapar desse tipo de situação.

Por isso, precisam se preparar para ter proteção jurídica contra possíveis casos de vazamento de informações, roubo de produção intelectual e outras situações. O MCI (Marco Civil da Internet) veio para estabelecer algumas regras, embora ainda não seja o ideal. De forma geral, o Direito Digital foi criado para adequar as bases do direito à realidade da sociedade.

O Direito Digital tem uma missão muito importante não somente para o universo jurídico, mas também para os que se servem das tecnologias digitais. Ele deve acompanhar a evolução do mundo e da ciência, procurando sempre contribuir para inibir os crimes e más condutas oriundas da Internet.

Por fim, podemos concluir afirmando que o Direito Digital tem como finalidade maior regularizar e acompanhar o mundo digital, ninguém está isento de responder por delitos e ilícitos no universo da internet, por outro lado, ele deve proporcionar uma segurança e confiança para as pessoas que acessar o universo das redes sociais e sites.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11. 111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 221-A, p. 1-4, 18 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 232, p. 1-2, 30 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 77, p. 1-3, 24 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, p. 59, 15 ago. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso. **Combate ao Crime Cibernético doutrina e prática (A visão do Delegado de Polícia).** 1. ed. Rio de Janeiro: Mallet Editora, 2016.

BOÉCIO, Severino. ***Contra Êutiques e Nestório, in Escritos (Opuscula Sacra)***, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: Reflexões Sobre a Internet, os Negócios e a Sociedade.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** 1. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

FINCATO, Denise; MATTE, Maurício; GUIMARÃES, Cíntia. **Direito e Tecnologia Reflexões Sociojurídicas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2014, p. 40.

JORDAN, Rachel. Tecnologia e mercado de trabalho: entenda os impactos gerados, **Blog Rachel Jordan tudo sobre imagem e comportamento**, 29 maio 2019**.** Disponível em: https://blog.racheljordan.com.br/tecnologia-e-mercado-de-trabalho-entenda-os-impactos-gerados/. Acesso em: 03 mar 2021.

JÚNIOR, Antônio Lago. **Responsabilidade Civil por atos ilícitos na Internet**. 1. ed. São Paulo: Editora LTR, 2001.

LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de Direito Digital Fundamentos, Legislação e Jurisprudência.** Curitiba: Appris Editora, 2016.

LUCAS, Ramon Lucas. ***Spiegami la Persona*.** Roma: Edizione Art, 2002.

NIELSEN, Henrique Neto. **Filosofia da Educação.** 1. ed. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1988.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Primeiras linhas em direito eletrônico. **Jus.com.br**, nov. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3575. Acesso em: 05 de fev. 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

RAMOS, Demócrito Reinaldo. **Privacidade na Sociedade da Informação Em Direito da Informática: Temas Polêmicos.** 1. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2002.

TANENBAUM, Andrew. S.; J WETHERALL, David. **Redes de Computadores.** 5. ed. São Paulo: Pearson Education Brasil, 2011.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INSTRUMENTALIDADE DA LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E A PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

EVANDRO LARROQUE PEREIRA JUNIOR:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva traçar de forma inteligente uma análise sobre a lei das interceptações telefônicas e a proteção ao direito fundamental à intimidade. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, onde foi possível reunir artigos, livros e monografias para que fosse discutido sobre o tema ora proposta. A pesquisa é relevantemente fundamental em virtude de tecer considerações sobre a proteção da intimidade, mesmo que seja utilizado como forma de combater a criminalidade a interceptação telefônica, devendo ser observado, as criteriosidades que o ordenamento jurídico brasileiro impõe. Delineou-se a pesquisa em 04 itens, quais sejam, a persecução penal e os limites do Estado; as garantias constitucionais e a restrição de direitos fundamentais; o fenômeno da interceptação das comunicações telefônicas e por fim, a vida privada e o direito fundamentais à intimidade.

Palavras-chave: Interceptação telefônica; intimidade; direitos fundamentais.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. PERSECUÇÃO PENAL E LIMITES DO ESTADO - 3. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - 4. O FENÔMENO DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS - 5. A VIDA PRIVADA E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE - 6. CONCLUSÃO - 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de macrocriminalidade, entendemos necessária a reflexão acerca das atividades de Estado que venham a restringir direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Não raras vezes, por meio de agentes públicos, o Estado, cujo papel de guardião dos direitos e prerrogativas individuais emerge da própria Constituição, realiza intromissões na seara da individualidade dos seus tutelados. A estrutura administrativa posta acaba sendo utilizada como escudo protetor por parte daqueles que a gerenciam, na qualidade de mandatários dos cidadãos (HASSEMER, 2008).

Ao mesmo tempo, procuramos analisar a instrumentalidade da interceptação das comunicações telefônicas, tida como uma das mais importantes ferramentas de combate à criminalidade de todos os níveis. Prevista em lei, a interceptação está ao alcance dos órgãos de Estado encarregados do estabelecimento da persecução penal,

em cuja missão constitucional insere-se a preservação de liberdades públicas, do direito à vida e à segurança.

Na condição de tutelador dos direitos e garantias individuais, o poder público constantemente é instado a agir, por meio da implementação de políticas públicas que possibilitem aos seus tutelados - os cidadãos – o direito de viver em paz. A sociedade moderna caracteriza-se pelo constante surgimento de novos desafios, e a elaboração e implementação de tais políticas no âmbito da segurança é discussão razoavelmente recente, embora recorrente na última década. Não raras vezes, as estratégias de Estado no combate ao crime são pautadas pela improvisação e por posturas meramente reativas. O desenvolvimento de algumas delas, inclusive, não progride além de meras especulações teóricas, em que fatores práticos são desconsiderados, permanecendo a ciência distanciada da realidade.

As sociedades democráticas são responsáveis pela articulação capaz de buscar o estabelecimento de uma ordem social comprometida com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais. Mais do que positivação e definição, tal comprometimento diz com a sua necessária efetividade. Assim, na busca de resultados satisfatórios, antes da disponibilização e uso dos parcos recursos públicos em aventuras políticas e eleitoreiras na área da segurança, as condutas adotadas pelo Estado pressupõem ações de inteligência. Tais ações deverão, necessariamente, estabelecer competências e priorizar métodos que façam convergir respeito às garantias individuais e resposta adequada aos reclames sociais na área da segurança, mantendo-os em constante sintonia.

Inegavelmente, e este é o pressuposto do qual partimos na discussão que se avizinha e nas diversas vertentes sobre as quais ela possa se dispersar, as garantias individuais, tão importantes e de conquista tão difícil em nossa história, só cedem quando o seu exercício importar a negação do próprio Estado Democrático de Direito. Toda a atividade estatal de caráter restritivo está limitada à proporcionalidade entre meios e fins, priorizando reduzir ao mínimo as garantias constitucionais de toda ordem. Até aonde vão, portanto, os limites do Estado frente a direitos fundamentais consagrados constitucionalmente? Em especial, no âmbito das interceptações telefônicas, quais as exigências impostas ao Estado frente à iminente restrição de um direito fundamental, o da não-violação da intimidade?

Desta forma, a pesquisa vem com o objetivo de traçar inteligente uma abordagem sobre a instrumentalidade da interceptação telefônica e de que forma poderá ser observado o direito fundamental a intimidade.

2. PERSECUÇÃO PENAL E LIMITES DO ESTADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As últimas duas décadas foram pródigas no nascimento de novas leis penais. A partir da Lei nº. 8.072/90 – a Lei dos Crimes Hediondos-, que teve por missão delimitar a repulsa, a repugnância de certas condutas criminosas, testemunhamos a profusão de inúmeros textos legislativos na área criminal, em especial na esfera penal. No que pertine à LCH, a titulo de exemplo, o legislador, não satisfeito com a produção original, promoveu inserções no texto vigente 4 , tendo sempre como norte a retorção imediata do Estado em face de condutas geradoras de grave instabilidade social.

O século XX findou com uma diversidade de novas leis penais, que deram vida a novos tipos incriminadores, sanções mais gravosas e instrumentos de persecução distintos. Incursões legislativas foram realizadas na esfera do combate ao crime organizado, do trânsito de veículos automotores, do transplante de órgãos, do meio ambiente, da lavagem de dinheiro, da ordem tributária, entre tantas outras normatizações, de maior ou menor importância. Posturas rotineiras que evidenciaram o método de um Estado decidido (e convencido) a fazer da formalização da conduta típica, instrumento de equilíbrio (e também de coação), em face da franca desvantagem sofrida na seara da realidade socioeconômica vivida.

No começo de um novo século velhas tradições foram mantidas, entre as quais a de um método legislativo, em matéria penal, contumaz na utilização da lei como apanágio de todos os males sociais, e reconhecidamente como instrumento de manuseio político. Como exemplo, pela sua repercussão e significância na esfera penal, podemos citar a antiga Lei de Tóxicos, Lei nº. 10.409/02, que logo a seguir – menos de quatro anos após o início de sua vigência - foi ab-rogada pela Lei nº. 11.343/06, a atual Lei de Drogas.

Procurando, no entanto, nos mantermos afastados de análise crítica em relação às posturas e estratégias políticas na área criminal adotadas pelo legislador pátrio, porquanto distanciadas do foco deste estudo, impõe-se que adentremos, ao longo de nossa abordagem, no conteúdo de alguns desses ordenamentos legais. E o fazemos à luz da possibilidade de intervenção e dos limites do Estado que deles emergem no âmbito das garantias individuais consagradas na Constituição Federal de 1988.

Almejamos, ainda, analisar se da produção legislativa posta à disposição do Estado nasceram ferramentas realmente eficazes no combate à criminalidade contemporânea. Em especial, diante do desafio imposto pela proliferação de organizações criminosas, fruto dos tempos modernos, nascidas em meio à evolução tecnológica, à inversão de valores e à omissão do Estado no que se refere à implementação de políticas públicas de qualidade.

Entendemos que, quer seja na forma de novos tipos penais, adequados aos tempos em que vivemos, ou de novos veículos de coleta e formação de provas, há que

se ter na legislação vigente uma necessária credibilidade como mecanismo de efetiva proteção da sociedade. Pela eficácia no combate à criminalidade contemporânea ou pela condição de instrumento limitador das intervenções do Estado na individualidade dos cidadãos, a norma penal jamais poderá afastar-se da legitimação social, da adequação à realidade, e da aceitação pelo cidadão, na condição de destinatário, como algo importante na sustentação de um Estado Democrático de Direito.

A criminalidade contemporânea, não é novidade, tem sido marcada pelo emergir de organizações criminosas dadas à prática dos mais diversos tipos de crimes. Organizadas, no sentido literal do termo, tem se apresentado, reconhecidamente, como atividades de natureza transnacional, porquanto não respeitam as fronteiras de cada país. Merecedoras de toda a atenção e esforço por parte do poder público na sua inibição, tem características assemelhadas em várias nações e efeitos sociais observados em todo o globo.

A 1ª Convenção realizada pela Organização das Nações Unidas, a ONU, sobre crime organizado, em Palermo, na Itália, no ano de 2000, aponta um crescimento na proporção de 50% ao ano 9 . Entre os inúmeros tentáculos das organizações criminosas, sobressaem-se o tráfico de drogas, de armas, de órgãos humanos, a prostituição e a lavagem de dinheiro decorrente de ilícitos de natureza fiscal (ABREU, 2013).

O Estado, que insistiu, ao longo dos últimos vinte anos, em estratégias de segurança pública arcaicas, além da volumosa produção de leis penais especiais, nesse ponto acabou por pecar pela insipiência. A legislação pátria é carente do conceito legal de organizações criminosas, e os estudiosos tentam alinhar as suas principais características, como já visto. A conceituação, porém, permanece polêmica. Surge, ainda, ombreando-se com a necessária atualização do texto legal em termos de conceituação, a exigência ao poder público para que confira efetividade à nova legislação. A operacionalização também passa a ser ônus Estatal, no sentido de desenvolver estratégias e disponibilizar recursos para que os instrumentos previstos em lei sejam adequadamente utilizados.

A repressão ao crime organizado avança, pois, a nosso sentir, cada vez mais em direção ao direito especial ou de exceção, postura essa que, segundo Beck (2004), não importa em aceitar a renúncia às garantias do direito clássico, mas apenas reconhecer a sua insuficiência, diante dessa nova realidade criminal. São posturas de política criminal em conflito com noções liberais do direito penal e do direito processual penal, garantidoras da esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, pelo que também merecem análise.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse andar, a atividade do Estado, e os limites que lhe são impostos, no âmbito da persecutio criminis estarão estreitamente vinculados aos direitos fundamentais postos em cheque – e a sua possível restrição - quando do detonar da pretensão punitiva. Desde o local do crime até o trânsito em julgado da sentença, as condutas dos agentes públicos serão regularmente sopesadas quando da utilização dos meios disponíveis, dos reflexos daquele tipo de instrumento utilizado e dos fins almejados naquele procedimento, ou seja, no caso concreto.

3. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos à segurança e à justiça estão insculpidos na Constituição Federal como direitos fundamentais do cidadão. Lembra Sarlet (2014) que:

> [...] No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seleto elenco dos direitos "invioláveis" arrolados no caput do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade [...]

Ao Estado, por sua vez, cumpre criar as condições necessárias para a efetivação de tais garantias. O que está em jogo, não raras vezes, é a própria viabilidade do Estado Democrático de Direito. Importa relembrar, neste contexto, e na linha do sustentado por Sarlet, que a segurança e todas as suas facetas – em especial a segurança jurídica, a social e a pessoal - integram, na condição de subprincípios, também os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Constituição de 1988 desta sendo indissociável (SARLET, 2007).

Segundo Rocha (2012):

> [...] todos os Estados Democráticos de Direito contemplam a viabilização da justiça criminal como causa legítima para justificar a vulneração de direitos fundamentais. O que caracteriza o Estado de Direito é o submetimento dessa possibilidade a um critério de excepcionalidade extrema, bem assim de máximo controle quanto à sua execução.

Conforme afirma Vanise Monte (2011), "[...] a normatividade deve alcançar o seu fim maior, que é a paz social". Cuida-se de opção legislativa, em que se colocou na linha de frente da política criminal, seguindo modelo mundial, a proteção dos direitos da vítima, e a efetividade da persecução penal na prevenção e repressão dos delitos penais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entenda-se política criminal como adequação da realidade social com o texto legal a ser produzido, algo positivo, que constrói parâmetros de comportamento, sem ser casuísta ou ideológico. Nessa linha, importante a reflexão trazida por Silva Sanchez (2012), para quem a política criminal proporciona a necessária referência a fins e valores, cumprindo a missão política de orientar a evolução da legislação penal e a sua própria aplicação ao presente.

Não podemos olvidar jamais, na linha do sustentado por Moraes (2015), que as garantias individuais não podem ser consideradas escudos protetivos da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena da total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Sem nos desviarmos da presente linha de sustentação, impõe-se a nunca demasiada lembrança de que a dignidade da pessoa humana, como núcleo intangível de cada um dos direitos fundamentais, jamais há de ser vulnerada quando da sua possível restrição por instrumentos de Estado. Reitera-se, por oportuno, que sob tal enfoque, a dignidade da pessoa humana há que ser realizada a partir do respeito e da concretização dos direitos referidos como liberdades negativas (defesa), muito embora não se descuide dos direitos de liberdade positiva (caráter promocional/prestacional) que dela (dignidade) dependem ou decorrem precipuamente (FREY, 2005).

A dignidade da pessoa humana vem sendo, pois, na linha do sustentado por Weingartner Neto, considerada fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, dando-lhes unidade e coerência (WEINGARTNER NETO, 2012). Tornase, assim, segundo o autor, ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais, impondo-se o seu núcleo inviolável como limitação à atividade dos poderes públicos.

Na seara das restrições impostas aos direitos fundamentais tão somente "[...] o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune à restrições [...]" (SARLET, 2014) pelo que a violação deste núcleo essencial de cada um dos direitos consagrados na Constituição será sempre e em qualquer caso desproporcional.

4. O FENÔMENO DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

No contexto das soluções legislativas antes verificadas, surge, como meio amplamente utilizado nos dias atuais, a interceptações das comunicações telefônicas. Guarda, na sua essência, a especial condição de veículo arregimentador de informações na esfera criminal, para instruir investigação ou processo-crime. A larga escala de utilização se dá por inúmeros fatores, sociais, jurídicos e operacionais, que passam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ser analisados, pontualmente, no capítulo que segue. Por ora, impende que avaliemos os aspectos conceituais do instrumento.

A interceptação é, segundo Moraes (2015) :

> [...] a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa, sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Difere-se da gravação clandestina, que é a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais. A escuta, por sua vez, é a interceptação da conversa telefônica por um terceiro, com o assentimento de um dos interlocutores.

No ano de 1996, por meio da Lei nº. 9.296, de 24 de julho, houve a devida regulamentação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Até então, a possibilidade de interceptação, haja vista a carência de texto legal normatizador, gerava polêmica no âmbito dos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal chegou a manifestar-se, à época, no sentido de que provas colhidas mediante interceptação telefônica, mesmo que autorizadas judicialmente, eram ilícitas, porquanto desprovidas de base legal, muito embora, na esfera desta mesma Corte Constitucional, existissem decisões divergentes (GRECO FILHO, 2006).

Nasceu no texto constitucional, vale sempre a pena relembrar, a interceptação, vinculada à denominada cláusula de reserva jurisdicional, afastando de qualquer autoridade que não seja o magistrado, o poder de quebra da inviolabilidade da vida privada. Tais poderes cautelares, cuja ausência de competência jurisdicional, segundo Canotilho (2013), dado o caráter instrumental da investigação posta, afasta igualmente o poder de julgamento, exigem a presença do Estado-juiz na análise da sua imprescindibilidade, ou seja, da verificação da necessidade da relativização de garantias no caso concreto

Atualmente, a interceptação é um dos mecanismos mais importantes de formação de prova no curso da persecução penal, no que tange a materialidade e autoria de determinados delitos, conforme sustenta Siqueira Filho (2008). Embora a operacionalidade do sistema mereça revisão e atualização constante, diante dos mecanismos utilizados pelo crime organizado para bloquear ou dificultar a intervenção do Estado, é a interceptação, entre os modernos instrumentos de investigação, aquele que efetivamente se consolidou e apresentou resultados importantes e rápidos.

A disseminação do número de terminais telefônicos, em especial os de telefonia móvel, dá à informação velocidade e amplitude, conforto que está ao alcance de todos

e para todos os fins. Por tais motivos as comunicações telefônicas, em especial a telefonia móvel, tem sido comumente utilizada na elaboração, gerenciamento e perpetração de empreitadas delituosas das mais diversas espécies, não guardando proximidade com tipos penais específicos, mas com estruturas criminosas minimamente organizada

Mais do que discorrer, nesse momento, acerca dos requisitos legais, impõe-se que observemos alguns tópicos de execução da "escuta" ou "grampo". Assim é vulgarmente conhecida a interceptação telefônica, em referência a antigo e em desuso método de captação de telefonia fixa, no qual a aparelhagem usada é conectada nos terminais telefônicos, de onde fazem diretamente o desvio de áudio, "grampeando a linha", na linguagem popular.

A interceptação telefônica é um instrumento extremamente eficaz e importante no combate à criminalidade contemporânea, organizada ou não. Lamenta-se, entretanto, a ampla divulgação pela mídia de tal mecanismo, inclusive com reprodução de conversações captadas pelas "escutas", em meio a investigações inacabadas ou processos em curso.

Quem pratica condutas ilícitas e se utiliza da telefonia fixa ou móvel para entabular tratativas criminosas, tendo conhecimento, por meio dos mais diversos veículos de imprensa, dos resultados da investigação Estatal, dimensionará os seus próprios riscos. Não raras vezes sentirá temor ante a divulgação de conversações e consequentemente haverá, imediatamente à divulgação e nos dias que se seguem, significativa redução no fluxo de informações monitoradas. Nada seria mais óbvio, mais cristalino, se muitas vezes a visão do gerenciador não fosse obscurecida pelo afã da notoriedade

5. A VIDA PRIVADA E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Entenda-se a vida privada como a esfera de individualidade em que se inclui o direito fundamental à intimidade. Nem tudo o que faz parte de nossa vida privada está dentro do contexto da intimidade. A compra de um imóvel, por exemplo, é algo que diz com a vida privada de cada um, assim como o processo de escolha, negociação e pagamento. No entanto, a consolidação da propriedade se dá por meio de uma escritura pública, de conhecimento de todos, portanto, ultrapassando a esfera da intimidade. O que temos ou o que fazemos dentro desse imóvel, que passa a ser o nosso lar, isso sim terá relação com a nossa vida íntima, que só deve dizer respeito a nós mesmos e cuja violação ofende um direito consagrando constitucionalmente.

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada são interligados, sendo o primeiro de menor amplitude e no âmbito de incidência do segundo. A ofensa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a ambos ou qualquer deles, dessa forma, resultará em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) (MORAES, 2015).

O ser humano sempre traz presente consigo a busca em velar aspectos da própria vida e da sua forma de ser, conforme pondera Caldas (2017) :

> [...] por mais simples, por mais subalterno, por mais prestigiado, por mais vassalo, por mais poderoso que seja, a pessoa sempre tem um aspecto, um desvão de sua existência, uma relação de família, um interesse negocial etc., que procura manter longe dos olhos, do conhecimento ou da percepção de terceiros.

Dotti (1980) critica a expressão "direito à intimidade". Assevera que tal bem jurídico não pode ser considerado isoladamente, mas em referência a algo, a um ambiente ou situação, da mesma forma como o direito à privacidade era considerado um prolongamento da moradia. No entanto, o autor costuma empregar indistintamente as denominações direito à vida privada, direito à intimidade da vida privada e direito à privacidade.

A intimidade, segundo Ferreira Filho (2011), diz com as relações subjetivas e de trato particular da pessoa, seus vínculos familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho ou de estudo (2007) . A intimidade compreende aspectos como inviolabilidade domiciliar, sigilo da correspondência, segredo profissional, tranquilidade privada e liberdade de comunicação, entre outros exemplos possíveis (COSTA JUNIOR, 2007).

Dois são os modos de agressão à intimidade, conforme esse autor. Por meio de processo tecnológico ou qualquer outro meio, quando impede o recato sobre fato, imagem, escrito ou palavra que alguém pretenda manter na esfera da vida privada ou quando alguém propala ou divulga imagem, escrito, palavra ou fato, ainda que deles tenha participado.

Conclui Silva (2013) , em análise ao inciso X do artigo 5º da CF, que no direito positivo a palavra privacidade deve ser entendida como gênero, a comportar vários âmbitos de expressão: intimidade, vida privada, honra e imagem. A exposição pública de informações que dizem respeito a esta esfera de individualidade do cidadão tem efeitos tanto na seara penal, na forma de tipificações de condutas criminosas, quanto na civil, por meio do direito de pleitear-se indenização por danos morais, no que se refere à macula da honra e da imagem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Costa Jr. (2007) o processo de corrosão das fronteiras da intimidade, na forma do devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica. Segue o autor, afirmando que:

> [...] o mais desconcertante não é a verificação objetiva do fenômeno, não é observar que a tecnologia acoberta, estimula e facilita o devassamento da vida privada; é tomar conhecimento de que as pessoas condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica sentem-se compelidos a renunciar à própria intimidade.

Gize-se, por oportuno, que ferramentas como a interceptação viabilizam acesso a dados que dizem respeito não somente à vida privada dos investigados, mas de todos aqueles que com estes mantiveram contato por meio telefônico, informático ou telemático.

Nesse andar, terceiros passam a ser objeto da ingerência estatal, de maneira reflexa, vez que, na linha dos ensinamentos de Hassemer (2008), tais dados "[...] não são esquecidos, não são apagados, são arquivados e isso constitui uma invasão da privacidade de cidadãos não-suspeitos. Essa privacidade tem que ser respeitada e está fora do direito de intervenção federal [...]".

Muito embora a Lei nº. 9.296/96 faça previsão da inutilização da "prova que não interessa", por decisão judicial, entendemos que o texto legal seja vago em relação aos procedimentos cabíveis, deixando a condução destes ao arbítrio do Estado, na que tange à maneira, ao momento e à participação de interessados.

Dessa forma, devemos considerar a possibilidade de também a terceiros deve ser dado o direito de conhecer, requerer e de acompanhar a inutilização das conversações captadas a sua revelia. Nesse mesmo sentido, caberá ao juiz, na medida em que a interceptação deve ser autorizada somente após a devida avaliação entre fins e meios, fazer com que a lesão ao direito fundamental venha a ser a menor possível, inclusive em relação aos terceiros, cuja privacidade também será violada, principalmente quando os diálogos em nada interessam ao contexto investigatório. E poderá fazê-lo sem inviabilizar a ferramenta, mas exercendo a efetiva fiscalização sobre a destinação dos dados captados.

Não obstante tal ponderação, no que tange à informação coletada em face da interceptação telefônica, autorizada pelo juiz mediante provocação dos legitimados pela lei, em nome de uma equivocada concepção da liberdade de expressão presenciamos, cotidianamente, agressões à dignidade humana, na forma de violações da individualidade. Não raras vezes, fatos que são objeto de investigações sigilosas são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tornados públicos, maculando a honra alheia, violando a imagem, a vida privada e a intimidade das pessoas. Dados sigilosos, de acessibilidade restrita, são publicizados, veiculados pela mídia, em frontal desrespeito a legislação vigente, e em franca distorção do importante dever de informar atinente aos órgãos de imprensa

A imprensa, por certo, exerce papel de fundamental importância numa sociedade livre e pluralista. A liberdade de expressão e o dever de informar constituem princípios impostergáveis em um Estado que se pretenda democrático e de direito (ROCHA, 2013). No entanto, tais liberdades também guardam limites em face dos direitos fundamentais igualmente elencados na Carta Magna.

Quando interceptações telefônicas "vazam" e são publicadas em periódicos ou transmitidas, imagem e áudio, por canais de televisão, em horário nobre, o povo é, muitas vezes, levado a aplaudir aquilo que deveria repudiar com veemência, em face da forte indignação social diante da impunidade noticiada pela mídia. O aplauso, como sinal de assentimento público ao excesso, leva inevitavelmente ao abuso, seja por parte do Estado que investiga como pela imprensa que informa.

Nessa mesma linha, há que se ter todo o cuidado possível com o conteúdo e com os fins que possam estar por trás de cada matéria veiculada pela imprensa, conforme alertam os críticos. A conversa telefônica informal é basicamente coloquial, e qualquer um poderá, analisando trechos de sua própria conversa, ao telefone, verificar que uma grande quantidade de declarações, tiradas do contexto, poderá dar margem a interpretações dúbias. E a comunicação social, na linha do sustentado por Weingartner Neto (2012), "[...] ao distorcer deliberadamente ou desrespeitar as esferas pessoais da honra e vida privacidade, torna-se um conglomerado negocial a manipular a vida das pessoas "

Exatamente por tais razões, o sistema processual está a exigir que etapas sejam cumpridas, numa garantia que atinge a todos e não exclusivamente à acusação ou defesa. O teor das conversações captadas interessa somente ao procedimento que se estabelece e do qual é parte e a interpretação das conversas deve ter o destino exclusivo e único de ser confrontada com os demais elementos colhidos no curso do procedimento investigatório ou do processo em fase de dilação probatória

6. CONCLUSÃO

No âmbito da manipulação e controle da informação, há que se ressaltar a possibilidade sempre presente de ferramentas como a interceptação viabilizarem acesso a dados que dizem respeito não somente à vida privada e mais especialmente à intimidade dos investigados, mas de todos aqueles que com estes mantiveram contato por meio telefônico, informático ou telemático. Nesse andar, terceiros passam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a ser objeto da ingerência estatal, de maneira reflexa, e, portanto, igualmente sujeitos de direito em relação ao trato dado pelo Estado ao material coletado.

Não raras vezes, fatos que são objeto de investigações sigilosas são tornados públicos, atingindo a vida privada e a intimidade das pessoas, não obstante a sua condição de investigados ou não. Dados sigilosos, de acessibilidade restrita, são publicizados, veiculados pela mídia, em frontal desrespeito a legislação vigente, e em franca distorção do importante dever de informar atinente aos órgãos de imprensa. Exatamente por tais razões, o sistema processual está a exigir que etapas sejam cumpridas, numa garantia que atinge a todos e não exclusivamente à acusação ou defesa. O teor das conversações captadas interessa somente ao procedimento que se estabelece e do qual é parte e a interpretação das conversas deve ter o destino exclusivo e único de ser confrontada com os demais elementos colhidos no curso do procedimento investigatório ou do processo em fase de dilação probatória.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Sérgio Paulo Rios. Da prisão em flagrante delito no crime organizado, à luz da Lei Federal n. 9034/95. Revista ADPESP, São Paulo, p. 63, 2013.

BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias. São Paulo: IBCCRIM, edição especial, p. 67, 2004.

CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 50.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 719.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dosTribunais, 2007, p. 94.

DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69-70.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

FREY, Flávia Colossi. Jurisdição Constitucional. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2005. Paper (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2005, p. 03.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 03.

HASSEMER, W. Limites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 23, p. 07, 2008

MONTE, Vanise Rohrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9807/99, à luz dos princípios constitucionais. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 82, p. 236, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.27.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Mídia, processo penal e dignidade humana. Boletim do IBCCrim, São Paulo, p. 03, 2013.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente Infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001. Revista Iberoamericana de Ciências Criminais- CEIP, Porto Alegre, n. 5, ano 3, p.55, 2002 .

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 ago. 2007, p. 05

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.117.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal contemporâneo. Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2012, p.43

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.188.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderlei. Aspectos relevantes da escuta telefônica. Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ, Brasília, p. 02, 2008.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 122.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ESQUIZOFRENIA TRANSTORNO MENTAL COMPATÍVEL COM A INIMPUTABILIDADE PENAL

MICHAEL JAQUES DA COSTA IZEL: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus-CEULM/ULBRA

RESUMO: O objetivo principal é analisar a questão da esquizofrenia e sua compatibilidade com a inimputabilidade penal. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, onde reuniu-se livros, artigos para que pudesse ser realizado um debate sobre a temática. A pesquisa justifica-se por traçar de forma clara e concisa aspectos que permeiam a esquizofronia, no sentido de entender o que acontece com as pessoas que são acometidas pelo transtorno e eventualmente cometem crime. A pesquisa dividiu-se em três itens, quais sejam, a inimputabilidade penal e seus aspectos históricos e conceituais, a esquizofrenia como transtorno mental, e por fim, as consequências jurídicas aos acometidos pelo transtornam sofrem quando no cometimento do delito.

Palavras-chave: Inimputabilidade; esquizofrenia; direito penal

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. INIMPUTABILIDADE PENAL - 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS - 3. TRANSTORNOS MENTAIS - 3.1 ESQUIZOFRENIA - 4. CONSEQUÊNCIAS DA REALIZAÇÃO DO ILÍCITO PENAL POR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA – APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro é dotado de direito público subjetivo estatal, que se consubstancia no poder de punir. Contudo o sistema em que se gere a reação penal visa-se, sobretudo, a conservação da segurança jurídica forma e material impostos pelo Estado Democrático de Direito através dos princípios constitucionais de direito.

Existe dentro da sistemática punitiva estatal uma divisão de institutos previstos como consequentes do cometimento de atos delitivos, ou seja, atos antijurídicos, típicos e culpáveis. O critério de aplicabilidade diferenciada é a inimputabilidade penal. Ou seja, aplica-se pena aos imputáveis; e medida de segurança aos inimputáveis, chamado de sistema vicariante. Afora discussões doutrinárias a respeito da culpabilidade ou não, como elemento do fato punível, essa sofre uma descaracterização diante da inimputabilidade, pois um ato culpável deve ter presente a imputabilidade penal.

Aos inimputáveis, o fundamento da resposta penal está voltado para a prevenção e controle das circunstâncias a que está sujeito o agente portador de enfermidade penal, o ordenamento jurídico denomina de periculosidade penal, ou seja, um critério de probabilidade de reincidiva criminal.

Este trabalho será desenvolvido sob a temática da inimputabilidade com fundamento em doença mental - esquizofrenia - sob a perspectiva de uma abordagem transdisciplinar, com o objetivo de elucidar os fundamentos que tratam da questão do agente inimputável atualmente no Brasil, de conteúdo biopsicossocial, através da aplicabilidade do art. 26 do Código Penal Brasileiro.

Será feita uma síntese dos aspectos fundadores do instituto da inimputabilidade, enquanto condição jurídica aceitável de incapacidade psíquica de sujeição à prática punitiva estatal, em uma linha histórica-ético-filosófica, abordando os conflitos entre ciências de diferentes conhecimentos e poderes – direito versus psiquiatria - situando as divergências dogmáticas envolvidas e a criação da ciência dos considerados anormais.

Diante da conceituação de transtorno mental, o estudo estabelece os diferenciais entre o que é, para o direito e para a psiquiatria, a doença mental, inclusive salientando a evolução histórica da sua conceitualização e tratamento da figura do louco nos últimos séculos, para então chegar ao estudo da esquizofrenia, com vistas à abordagem de alguns aspectos históricos e de como vem sendo tratada ao longo dos anos. Com estudo direcionado a sua sintomatologia com o objetivo de demonstração de que trata de doença que possibilita a configuração do instituto da inimputabilidade.

E, por fim, como consequência do cometimento de ilícito penal, atenta aos aspectos processuais, a medida de segurança como sanção substitutiva à pena, de aplicabilidade obrigatória caso seja a inimputabilidade o fundamento da absolvição do agente criminal.

2. INIMPUTABILIDADE PENAL

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

No Direito Romano, segundo a Lei das XII Tábuas, em 450 ac., alguns aspectos eram voltados à preocupação em torno da figura dos loucos, os quais eram denominados de furiosus e demens. Os primeiros eram considerados os doentes agitados, que apresentavam intervalos de lucidez, durante os quais deveriam ser considerados plenamente imputáveis; ao passo que os segundos eram considerados desequilibrados totalmente (FÜHRER, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Vale destacar que essa atenção era voltada especialmente na esfera cível, no que tange ao instituto da curatela (CRETELLA, 2007). Isso, de certa forma, era lógico, pois as implicações nesta esfera eram dadas a toda existência do indivíduo. Na seara penal, doutro lado, o tema em análise somente era aventado, mediante a ocorrência de algum fato criminoso (PONTE, 2012).

Quanto ao tratamento dado à figura do louco, à qual melhor nos ateremos adiante, era, e ainda é, uma questão circunstancial diferenciado. No Direito Civil, esses são incapazes, ao passo que para o Direito Penal, são irresponsáveis, inimputáveis. (PALOMBA, 2016)

Nestes casos, não havia punição do louco em razão de dois fundamentos distintos: uma corrente, de cunho ético-filosófica, defendida por Modestino, que atentava especialmente à condição humana do criminoso baseada na piedade advinda da doença já que era considerada, na tradição pagã, como um castigo infligido pelos deuses, quer por puro arbítrio, quer por punição a uma falta cometida anteriormente; e uma outra, defendida por Gaio, que se detinha aos princípios jurídicos, recorrendo à noção de irresponsabilidade, ou seja, a total ausência de compreensão dos atos cometidos pelo doente mental. Por fim, falta de compreensão da realidade (PONTE, 2012).

Entretanto, a ideia da inimputabilidade do doente mental não esteve totalmente presente ao longo da história, vez que não superou a superstição que permitia a punição dos alienados delinquentes considerados "endemoninhados", especialmente durante a Idade Média. Sob a ética da Igreja, era atribuída à loucura a manifestação de obras diabólicas, e aos loucos, a característica de seres enfeitiçados e dominados pela imaginação imoral. Desta forma, eram muitas vezes submetidos ao tormento de horríveis suplícios, resultando na ausência de tratamento jurídico ao louco, embora estes questionamentos permaneçam ativos até hoje.

No século XVII, na Idade Moderna, no contexto médico, a loucura se integrou ao lado das doenças venéreas num espaço moral de exclusão (PONTE, 2012). Equiparada ao fenômeno da lepra, a loucura era considerada como uma paisagem imaginária da Renascença, momento em que passou a ser dado de observação social, frente à ociosidade do sistema produtivo e, logo após, ao esconderijo do desatino e da inutilidade social na figura do internamento.

Essa situação é retratada por conflitos de valores de áreas diversas dentro das ciências em um panorama da evolução histórica em que ainda não se encontrava um lugar específico para a loucura, conforme bem explicita Foucault: "Enorme era a confusão nesses anos, difícil era determinar o lugar que a loucura deveria ocupar na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

'humanidade' que estava sendo reavaliada, difícil era situar a loucura num espaço social que estava em reestruturação (FOUCAULT, 2003)".

Foi a Revolução Francesa, no século XVIII, com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inspirou o desenvolvimento de certos institutos jurídicos voltados ao confinamento dos loucos e à assistência pública. Estes confinamentos já haviam sido criados no século XVII mas, derradeiramente, foi no fim do século XVIII que a loucura passa a ser vista como doença, abandonando o simples caráter transgressor da normalidade para assumir fundamentos cientificistas. Trata-se de "um poder que não age pela separação em grandes massas confusas, mas por distribuição de acordo com individualidades diferenciais", com um propósito de especificidade em relação ao problema com a investidura de "um poder que não é ligado ao desconhecimento, mas ao contrário, a toda uma série de mecanismos que asseguram a formação, o investimento, a acumulação, o crescimento do saber'" (CARRARA, 2008).

Nesse sentido, dentro de um novo modelo aplicado, procurou-se uma diretriz mediana no dever de assistência aos loucos diante da ausência da razão. Assim, esse diferencial proposto levou a uma busca do que podemos chamar de solução, o que é assustador à sociedade da época:

> [...] é preciso encontrar um termo médio entre o dever de assistência, que prescreve uma piedade abstrata, e os temores legítimos, que suscita um assombro realmente sentido; será o caso de proporse naturalmente uma assistência intra muros [...] Todavia, o ponto mais decisivo é a procura ainda hesitante, de um equilíbrio entre a exclusão pura e simples dos loucos e os cuidados médicos que lhes são dados na medida em que são considerados como doentes. Prender os loucos é essencialmente imunizar a sociedade contra o perigo que eles representam [...] (FOUCAULT, 2003).

Para um bom entendimento, o surgimento do instituto da inimputabilidade, antes de entrarmos na questão da patologia propriamente dita, é importante salientar que os desvios de comportamentos assumem duas linhas de pensamento no âmbito da responsabilidade, que se atribui ou não aos transgressores, que embora sejam distintas entre si, muitas vezes podem estar sobrepostas nos atos desviantes simbolizando "fronteiras diluídas". Uma compõe-se dos atos frutos da loucura, e outra, dos atos frutos da delinquência. O que caracteriza a sobreposição mencionada é a figura do louco-criminoso, objeto de determinado ramo da Criminologia, a Psiquiatria Forense. Esta encontrava-se na busca de compreensão da "complexa articulação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

fatores contextuais (extrapsíquicos) e psicopatológicos (intrapsíquicos) e a verdadeira responsabilidade de cada um pela conduta delituosa" (TABORDA et al, 2014).

É pertinente, para melhor entendimento, ensejar a crença de que "quem não compreende é louco", pensamento da psiquiatria criminal alienista. A questão da vontade livre com capacidade de internalização e escolha difere-se da capacidade de fala e compreensão que não admite a estabilidade psíquica como sinônimo.

É importante fazer aqui um parêntese, a luz dos princípios do determinismo e do livre arbítrio, atributo que torna os homens responsáveis, em confronto com as ideias positivistas de direito, no fim do século XIX, criou uma ampla e sistemática reflexão em torno do crime e dos criminosos e da 'mente criminosa', e novas estratégias de prevenção e controle do crime abalavam os alicerces tradicionais do sistema judiciário francês. Nesse sentido, bem retrata Ruth Harris em estudo específico deste momento na França:

> Fundamentando as investigações quanto à 'maldade ou loucura' dos réus, havia a questão ainda mais profunda de se saber se estas ideias divergentes dentro do sistema legal francês ainda valiam numa época impregnada de teorias médicas e sóciocientíficas subversivas (HARRIS, 2009).

O objetivo era de estabelecer um olhar crítico frente a uma nova concepção do homem e de suas relações sociais, ancorado em formulações positivistas e cientificistas, discutiam a problemática política máster, em meio a todo um processo de urbanização e industrialização, ou seja, um conceito de civilização em evolução e transformação face ao que Carrara chama de "limites reais e necessários da liberdade individual".

No Brasil, desde a época imperial, a matéria da inimputabilidade penal dos doentes mentais já havia sido inserida no ordenamento jurídico-penal brasileiro. o primeiro Código Penal Brasileiro da era imperial, de 16 de dezembro de 1824, assim dispunha: "Não se julgarão criminosos e loucos de todo o gênero, salvo se tiverem intervalos lúcidos e neles cometerem crimes" (CORREA, 2016).

Apesar de, nesta época, ainda não haver distinção dos pressupostos do crime e da pena, o Código do Império parece ter acolhido as tendências de exclusão do crime, salvo se cometido em intervalos lúcidos. E, ainda, já poderia ser observada uma espécie de medida de segurança, através do procedimento desencadeado decorrente de algum fato de caráter criminoso, cometido por algum doente mental, que consistia na sua internação ou entrega em confiança à família, firmadas na convicção do juiz, época que o desatino do inimputável era deixado a cargo exclusivo do juiz. "Não havia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

julgamento dos loucos e determinavam que fossem recolhidos em hospitais alienados, se o seu estado mental assim exigir para a segurança do público" (SOUTO, 2013).

Ainda no último ano desta fase, antes de proclamada a República, iniciaramse os projetos de um novo código, o que surgiu devido à necessidade de mudanças imediatas, sobretudo em face da abolição. Assim, em 11 de outubro de 1890, houve a conversão do Código Penal Imperial, no Decreto 847, que passou a ser conhecido como Código Penal da República, que tratava a questão do doente mental como segue: "Não são criminosos os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de compreensão e os que se acharem em estado de completa privação dos sentidos e da inteligência no ato de cometer crime" (CORREA, 2009).

Nesta fase, constata-se grande evolução, vez que as internações, embora ainda submetidas ao juízo crítico dos juízes, passaram a exigir as suas fundamentações com base na doença mental ou na periculosidade, o que, acertadamente, pode se atribuir à Lei Republicana inegável progresso no tratamento dos inimputáveis.

Com o advento da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que trouxe alteração da parte geral do Código de 1940, permanece a presunção absoluta de periculosidade, mesmo diante do publicado na "Exposição de Motivos" que revela o fim puramente preventivo e assistencial da medida de segurança, passando a ser aplicada aos inimputáveis sem a elaboração de qualquer exame ou juízo de periculosidade. E o instituto ficou vinculado à qualidade da pena, detenção ou reclusão, não sendo estabelecido qualquer liame com a doença e o caso concreto.

3. TRANSTORNOS MENTAIS

Os transtornos mentais são definidos com base em uma série de conceitos. O significado parte da associação de outros conceitos, tais como: sofrimento, descontrole, desvantagem, inflexibilidade, irracionalidade, padrão de síndrome, etc. Cada um é indicador útil ou característico a um tipo de transtorno específico ou são tidos de forma associada, mas não são a definição deste em si.

Em outras palavras, o termo transtorno é utilizado para indicar a existência de um conjunto de sintomas ou comportamentos clinicamente reconhecível associado, na maioria dos casos, a sofrimento e interferência com funções pessoais.

Essas interferências nas funções pessoais contribuem para a criação de um mundo diferenciado da realidade. Ou melhor, são vivências com certas especificidades psicológicas, que ocorrem dentro de uma dimensão própria, genuína, não se tratando apenas de supradimensões, ou seja, exageros. Por outro lado, embora sejam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

interferências pessoais, o indivíduo não se sujeita somente às experiências próprias, mas também se mantém em contato com a psicologia complexa dos normais.

Dessa forma, diante do entendimento do que vem a ser um transtorno - e dentre vários existentes -, passaremos à análise da Esquizofrenia.

3.1 ESQUIZOFRENIA

A principal característica da esquizofrenia reside na apresentação de sintomas psicóticos, como definidores, portanto, é sensato, primeiramente, saber em que estes consistem.

O termo psicótico tem recebido, ao longo da história, uma série de definições diversas, que geraram a ausência de um consenso universal com relação a ele.

Sua definição mais estreita está relacionada a delírios ou alucinações proeminentes, sendo que, nestas, ocorrem falta de insight quanto a sua natureza patológica. Isto é, os pacientes acreditam na realidade das alucinações, não percebem que tais vivências são irreais. Há uma outra definição, mais restrita, especificamente quanto a esta última característica, onde existe a consciência das experiências alucinatórias. Em contraponto, uma terceira definição, mas agora mais ampla, onde são inclusos os sintomas positivos da esquizofrenia, quais sejam, os discursos e comportamentos desordenados, por exemplo:

> Um episódio psicótico é freqüentemente prenunciado por uma crescente dissonância entre a pessoa e o ambiente social. Geralmente precipitado por uma sucessão de comportamentos vistos como intoleráveis pela família ou ambiente social, o conflito resultante freqüentemente evoca respostas da pessoa ou para outros. É comum alguma forma de coerção, indo desde a intensa persuasão até a ação legal involuntária, ser exercida com o objetivo de levar a pessoa à atenção médica (LINPTON E CANCRON, 2009).

Em relação aos estados psicóticos são, muitas vezes, molas propulsoras da violência. Referente aos mais desorganizados (tipo esquizofrênico), apresentam tendências focalizadas e menos perigosas, entretanto, vinculados aos delírios persecutórios. Está-se diante de especial probabilidade de ser atuados. Assim, exemplifica Menezes:

Vozes de comando alucinatórias são situações que podem também levar a comportamento violento: um estudo encontrou que cerca de metade dos casos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

homicidas psicóticos estavam tendo alucinações, e que destes 84% tinham vozes de comando (MENEZES, 2011).

Na maioria dos casos o comportamento agressivo requer uma certa soma de organização, oportunidade e necessidade de defender a si mesmo.

As classificações anteriores (DSM-II, CID-9) se fixaram demasiadamente na gravidade do prejuízo funcional, perda de capacidade para as atividades cotidianas, de maneira que um transtorno tinha o nome de "psicótico" caracterizado em "prejuízo que interfere amplamente na capacidade de atender às exigências da vida". Entretanto, atualmente existe uma definição conceitual, que reside em perda dos limites do ego ou um amplo prejuízo no teste de realidade. No que tange ao diagnóstico de esquizofrenia, o termo psicótico refere-se a delírios ou alucinações proeminentes, comportamento e discurso desorganizado, e comportamento catatônico, assumindo o caráter amplo de sua definição.

Este prejuízo, que está sujeito o portador de esquizofrenia, entende-se como um abalo da maior virtude de um ser, do ponto de vista psicodinâmico:

> Para os pacientes, a esquizofrenia ameaça a perda do que quase todos nós tomamos como algo natural – o próprio senso de sermos, o senso ontológico de ser alguém e algo. Apenas quando falta esta sensação, sua importância, seu valor para a sobrevivência e sua função de endossar as pessoas como criativas e conscientes são apreciados. Uma vez que a esquizofrenia freqüentemente invade este núcleo do narcisismo humano, as pessoas sempre a consideraram com intensa ambivalência. Em um lado, está a fascinação em vista do segredo que a doença mantém para o entendimento do cérebro, o órgão unicamente humano para o entendimento. Do outro lado, está o horror, porque ela ameaça uma paralisia máxima – a de uma vida sem sentido. Para médicos e cientistas, a esquizofrenia gera um senso de confusão e ignorância inevitável repetidamente, desta forma atacando outra fortaleza do narcisismo humano - o orgulho por conhecer (MAGLASCHAN; HOFFMAN, 2009).

Na esquizofrenia a perturbação, quanto ao caráter da temporalidade, é de no mínimo seis meses, sendo que é incluído pelo menos um mês da fase ativa, que resulta na presença de dois ou mais de seus sintomas, ou seja, delírios, alucinações, discursos desorganizados, comportamento significativamente desorganizado ou catatônico, sintomas negativos, que serão analisados a posteriori.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Manifesta-se por surtos irregulares quanto à frequência. Intercalam-se períodos de calmaria e exacerbação dos sintomas mórbidos. Mesmo distante da fase aguda, o indivíduo permanece a apresentar tais sintomas chamados de defeito esquizofrênico que consistem em ensimesmamento, falta de auto e hetero-crítica, distúrbios do pensamento, etc., podendo haver manifestações isoladas ou em conjunto. Assim como padrões duradouros de retraimento, instabilidade de humor e falta de inclinação para relacionar-se emocionalmente, como, por exemplo, nos casos de confronto social, eles podem apresentar reações mais inapropriadas que o normal.

Independente da frequência em que os períodos agudos da manifestação aparecem, apresentam sempre gravidade e difícil abordagem terapêutica. Quanto maior for o número de surtos, mais ativo será o caráter progressivo da patologia, dessa forma, comprometendo, mais rapidamente, a totalidade das esferas psíquicas, ocasionando a demência com perda da sua unidade ontológica e potencializando a característica da incurabilidade.

A essencialidade da esquizofrenia consiste na mescla de sintomas negativos e positivos, por no mínimo um mês, conforme referido, sendo que alguns desses sinais (critério A e C) deverão persistir no mínimo por seis meses. Num segundo plano, esses sintomas deverão ser associados com acentuada disfunção social ou ocupacional (critério B).

A perturbação não se confunde com Transtorno de Humor com Características Psicóticas, nem mesmo com o transtorno Esquizoafetivo. Assim como, não se deve às conseqüências dos efeitos fisiológicos em face de alguma substância ou de condição médica em geral (critérios D e E).

Os sintomas característicos da esquizofrenia são a contento da doença mental na concepção jurídica, vez que implica em uma faixa de disfunções cognitivas e emocionais. A esquizofrenia abarca uma série de transtornos: do pensamento e da fala, do afeto, de ambivalência, do comportamento, da percepção, e alterações do sensório.

4. CONSEQUÊNCIAS DA REALIZAÇÃO DO ILÍCITO PENAL POR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA – APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA

Qualquer que seja o ilícito cometido diante do ordenamento jurídico brasileiro, se está sujeito à sanção penal. Contudo, estando acobertado por alguma causa excludente de culpabilidade, como é o caso da inimputabilidade, com presente impossibilidade moral de aplicação de pena, está-se diante da aplicação de medida de segurança como consequência da realização do ilícito, ao invés de pena, como espécie de sanção penal. Aos quais serão ressaltados alguns aspectos históricos, ideológicos e conceituais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As medidas de segurança foram criadas em um momento histórico de transição. De estado escravocrata a colonial, o seu objetivo era de contenção/prevenção das massas dispersas e de segurança pública, frente à parte da população que não tinha uma posição social segura, na sua maioria, os mestiços, e viviam numa ociosidade de classe inferior e inútil, vagando às ruas com suspeição de perigosidade. O controle social, por meio dessas medidas, era, especialmente voltado aos loucos, e desocupados (SOUTO; TOLEDO, 1984).

Inicialmente, a aplicação das medidas de segurança estava adstrita ao sistema do duplo binário, introduzido em 1930 no Codice Rocco e abandonado após a reforma penal de 1984. Esse sistema implicava na aplicação conjunta de pena mais medida de segurança nos casos em que fosse necessário algum tratamento para o agente penal (PRADO, 2007).

A partir da adesão dessas medidas, pelo código de 1940, consideradas "medidas de prevenção e assistência", a gama de combate ao crime, passa a desvalorizar, de certa forma, a base do voluntarismo determinista, quanto à formação da consciência de base cultural elementar, para atentar ao fenômeno da degeneração, questionando as questões em termos de responsabilidade moral/penal (TOLEDO, 2005).

A criação das medidas retrata a institucionalização do paradigma positivista e todo o seu ideário das ciências que a ele se integram – antropologia criminal, sociologia criminal, criminologia - com visão aos mecanismos de controle das anomalias, face aos critérios de periculosidade e controle social, juntamente à ressocialização, assumindo, então, status de segregação punitiva e incorporando o sistema dualista de sanção penal.376 Entretanto, sua natureza não é, propriamente, de cunho punitivo, é de prevenção geral e especial, embora exija um tratamento penal formal submetido ao controle do juiz de execução , principalmente no que tange à execução das medidas de segurança detentivas. "Buscam apenas a prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso."

A essência das medidas de segurança é, portanto, o meio de resposta que a sociedade se utiliza contra o perigo social, como bem explicita seus fundamentos e objetivos. Foucault retrata de que maneira isso ocorre:

> Em suma, a sociedade vai responder à criminalidade patológica de dois modos, ou antes, vai propor uma resposta homogênea com dois pólos: um expiatório, outro terapêutico. Mas esses dois pólos de uma rede contínua de instituições, que têm como função, no fundo, responder a quê? Não a doença exatamente, é claro, porque, se só se tratasse da doença, teríamos instituições propriamente terapêuticas; tampouco respondem exatamente

> ao crime, porque nesse caso bastariam instituições punitivas. Na verdade, todo esse continuum, que tem seu pólo terapêutico e seu pólo judiciário, toda essa miscibilidade institucional responde a quê? Ao perigo ora essa (FOUCAULT, 2002).

Na verdade, para que as medidas de segurança atingissem de forma integral o que vem a ser o seu objetivo primordial seria preciso que: "A perigosidade pré delitual valeria, assim, do mesmo modo que a pós-delitual para aplicação da medida". Esse raciocínio faz sentido diante da admitida existência de personalidades portadoras de uma criminalidade latente de tamanho grau que torna possível prever a probabilidade de que venham efetivamente a praticar crime. Casos em que potencializaria a sua função, somente mediante ação prévia. Entretanto, para universalizar sua eficácia, teria de surpreender esse estado antes que se desse à efetiva violação do bem jurídico, o que, evidentemente, desrespeitaria os postulados de garantias individuais.

Dessa forma, ou seja, com toda essa compreensão em torno da anormalidade, a adoção dessa medida de caráter humanitário abandona de vez a resposta soberana e a ideia de castigo inevitável frente ao crime. As atrocidades não mais se refletiram nas penas, pois, na medida em que escapa da atribuição à razão – escapa do direito de punição. A medida de segurança, enquanto providência preventiva, tem lugar após o crime, mas não em razão dele, pois não visa a atribuir culpa ao doente mental infrator da lei, mas a impedir um novo perigo social.

O instituto assegura que o poder de punir do estado não somente julgará os indivíduos, como estes serão avaliados, apreciados, medidos, em termos de normal e de patológico, caracterizando as novas regras da economia do poder de punir.

Quanto à análise desse instituto, nos ateremos, tão somente a sua conceituação a aplicação para o caso de inimputabilidade, expressas nos artigos 96 e 97 do Código Penal.

Atualmente as medidas de segurança referem-se, estritamente, aos inimputáveis e aos que se encaixam nas situações de culpabilidade diminuída. Embora não tenha essência punitiva, leva ao comprometimento da liberdade pessoal do agente pelo seu aspecto detentivo ou restritivo de direito, por tempo indeterminado, o que do ponto de vista dogmático afeta as garantias individuais. A começar pelo princípio da legalidade que conforme crítica de Luiz Régis Prado, parece o legislador ter esquecido ser a medida de segurança uma espécie de sanção penal:

> Todo o cidadão tem o direito de saber antecipadamente a natureza e duração das sanções penais – pena e medida de segurança – a que estará sujeito se violar a ordem jurídico-penal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ou, em outros termos, vige também para as medidas de segurança o princípio da anterioridade legal (PRADO, 2017).

Face à garantia de não exacerbação dos direitos individuais, questiona-se a temporalidade indeterminada de aplicação das medidas de segurança. Diante da ausência de previsão legal, quanto ao tempo de aplicação, entende-se que não é constitucionalmente aceitável a possibilidade de privação em caráter perpétuo, dessa forma, cabe ao intérprete essa delimitação. O entendimento é que não supere o tempo estabelecido pela pena privativa de liberdade, no que se refere à questão da prescrição da pretensão executória.

De acordo com art. 99 do Código Penal: "O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento". Do ponto de vista interpretativo de Zaffaroni, traz a garantia legal de que o inimputável não será internado em estabelecimento penitenciário normal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Quando da análise das possibilidades de cumprimento da medida de segurança, no seu art. 97, que dispõe o internamento ao inimputável, com a ressalva de que, ao tratar-se crime apenado com detenção, o internamento poderá ser substituído por tratamento ambulatorial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável que o doente mental, alvo de discriminações e de características diferenciadas, levou muito tempo para ter seu lugar e conquistar os seus direitos na estrutura social. Era natural de ocorrer e assim procedeu também no âmbito do direito.

As ferrenhas contradições entre os saberes das ciências jurídico-positivas e liberais-deterministas, por fim chegaram ao entendimento de que o crime não poderia ser analisado somente do ponto de vista agressor da moralidade e que as transgressões, muitas vezes, eram dotadas de essência patológica, o que levou ao surgimento da inimputabilidade penal, concretizando a necessidade de tratamento desigual aos desiguais, em nível de abstenção da racionalidade, mesmo que temporária. Marcada pelas reivindicações e garantias dos direitos humanos.

O instituto da inimputabilidade, além de restrita aplicabilidade, requer a atuação associada de três elementos: doença, alteração da consciência e a presença de um vínculo com o agir delituoso.

O que se pretendeu neste trabalho foi a demonstração do conteúdo da inimputabilidade por meio da análise conceitual e dinâmica da consciência, enfatizando as funções psíquicas, com ênfase nas suas perturbações, a fim de

identificação de situações compatíveis com o instituto, ou seja, os casos de Esquizofrenia clinicamente diagnosticados.

A crítica se resolve não em um sentido garantista abstensivo do caráter repressivo estatal, mas sim no sentido de que sejam postas as diferenças e coerências à mesa a ponto de possibilitar um tratamento digno e em conformidade com os postulados e garantias do Estado.

Por fim, o doente mental, mesmo com tratamento diferenciado diante do sistema penal brasileiro, ainda sim é alvo de descriminação social, retratado principalmente pela figura da presunção de periculosidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRARA, Sérgio. Crime e loucura. O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: UERJ e USP, 2008, p. 66.

COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho (organizadores) Medida de Segurança. Saúde Mental, Crime e Justiça. São Paulo: USP, 1996.

CORRÊA, Josel Machado. O Doente Mental e o Direito. São Paulo: IGLU, 2016, p.116

CORRÊA, Josel Machado. O Doente Mental e o Direito. São Paulo: IGLU, 2009.

CRETELLA JR., José. Curso de Direito Romano. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 143.

DOTTI, René Ariel. Reforma Penal Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 117.

FOUCAULT, Michel. História da Loucura na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 8-9.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da Inimputabilidade no Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

HARRIS, Ruth. Assassinato e Loucura – Medicina, Leis e Sociedade no fin de siècle. Rocco, 2009, p. 12.

MENEZES, Ruben de Souza. Homicídio e Esquizofrenia: Estudo de Fatores Associados. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Medicina. Programa de Pós Graduação em Medicina e Ciência Médicas. Porto Alegre, 2011

PALOMBA, Guido Arturo. Loucura e Crime. 2. ed., São Paulo: Fiúza, 2016, p. 15.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PONTE, Antônio Carlos da. Inimputabilidade e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2012,p. 14.

PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Anotado e Legislação Complementar. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

SOUTO, op. cit., p. 65-74. N.A: As medidas de segurança foram extintas pra agentes imputáveis com a reforma de 1984, cf. TOLEDO, op. cit., p. 41 e 77.

SOUTO, Ronya Soares de Brito. A (I)Legitimidade do Processo de Aplicação e Execução das Medida de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Diagnóstico e Perspectivas. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

TABORDA, José G. V; CHALUB, Miguel; ABDALLA FILHO, Elias. Psiquiatria Forense. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 22.

TOLEDO, op. cit., p. 73. BRUNO, op. cit., p. 283. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. 3, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 07. COHEN, op. cit., p. 81.

ZAFFARONI e PIERANGELI. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BREVE ANÁLISE DOS CRIMES CONTRA A VIDA

LEONARDO DUARTE DE SOUZA: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

MARCO ANTONIO COLMATTI LALO

(orientador).

Resumo: O presente artigo traz uma breve analise sobre os crimes contra a vida. Os crimes contra a vida são os delitos previstos na parte especial do Código Penal, no Título Dos Crimes Contra a Pessoa, Capítulo I, Dos Crimes contra a Vida, sendo eles: homicídio previsto no artigo 121; Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, previsto no artigo 122; infanticídio previsto no artigo 123 e o crime de aborto previsto nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128, em razão das modalidades quatro existentes: autoaborto, aborto provocado ou sofrido, aborto consentido e aborto qualificado. Foram abordados os conceitos e tipificação legal de cada crime, o sujeito passivo e sujeito ativo, bem como, as modalidades consumada e tentada. Os crimes contra a vida são de competência do Tribunal do Júri para julgamento e são crimes de ação penal pública incondicionada. A pesquisa será revisão bibliográfica, através do estudo da legislação brasileira vigente, doutrinas e artigos disponíveis sobre o tema.

Palavras-Chave: Código Penal. Crimes contra a vida. Tribunal do Júri.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. DOS CRIMES CONTRA A VIDA; 1.1 Homicídio;1.2 Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio ou a Automutilação; 1.3 Infanticídio; 1.4 Aborto; 1.4.1 Autoaborto; 1.4.2 Aborto Provocado por Terceiro ou Sofrido; 1.4.3 Aborto Consensual; 1.4.4 Aborto Qualificado. 2. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A VIDA. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro, Decreto Lei de nº 2.848/1940, estabelece os crimes e suas penas. É dividido em duas partes, a geral e a especial. Na parte geral são estabelecidos conceitos gerais sobre diversos aspectos, tais como a definição de crime; a forma como deverão ser aplicadas as penas; a possibilidade de prescrição e extinção da punibilidade, a legitima defesa, entre outros. A parte especial trata sobre a tipificação dos crimes e suas respectivas penas. É composta por 11 títulos que tratam a respeito dos crimes, que foram organizados segundo o objeto jurídico de cada um.

A função do Código Penal é proteger os bens jurídicos estabelecidos no artigo 5º caput da Constituição da República Federativa do Brasil, quais sejam: "a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade".

O presente artigo tratará em específico sobre os crimes contra a vida, previstos na parte especial do Código Penal, no Título dos crimes contra a pessoa, Capítulo I, dos crimes contra a vida, sendo eles: o crime de homicídio previsto no artigo 121; o crime de Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação previsto no artigo 122; crime de infanticídio previsto no artigo 123 e o crime de aborto, cuja modalidades estão previstas nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128.

Nos crimes contra a vida a tutela jurisdicional é feita a vida intrauterina e extrauterina da pessoa humana.

1 DOS CRIMES CONTRA A VIDA

1.1 Homicídio

O crime de homicídio encontra-se disposto no artigo 121 do Código Penal. O homicídio é a morte de uma pessoa praticada por outra. É quando ocorre a eliminação da vida de uma pessoa provocada por outra.

O homicídio é considerado um crime comum, uma vez que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, já que a lei não exige nenhum requisito especial. O sujeito passivo também é qualquer pessoa, independentemente de sexo, idade, condição social, entre outros. O homicídio admite a coautoria ou participação, por ação ou omissão (VENTURA, 2015).

A forma do crime é livre como regra, tendo em vista que existem modalidades qualificadas que indicam os meios e modos para a prática do delito podendo ser cometido dolosa ou culposamente, comissiva ou omissiva. As modalidades existentes de homicídio são: homicídio simples, homicídio privilegiado, feminicídio, homicídio qualificado e homicídio culposo.

O homicídio simples está previsto no caput do artigo 121 do Código Penal:

> Homicídio simples
>
> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
>
> Caso de diminuição de pena

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

O homicídio privilegiado, disposto no §1º é aquele que, em virtude de certas circunstâncias subjetivas, conduzem a uma menor reprovação social da conduta do homicida e, em razão disso, a pena é atenuada (VENTURA, 2015).

O §1º cita motivo de relevante valor social ou moral. O motivo de relevante valor social é aquele que atende aos interesses da coletividade, como por exemplo, a morte de um traidor da pátria. O motivo de relevante valor moral é aquele considerado levando-se em conta apenas os interesses do agente que praticou o crime, como por exemplo, um pai que mata o estuprador de sua filha menor.

O homicídio é qualificado quando praticado mediante as circunstâncias determinadas nos incisos do §2°, que majoram a quantidade de pena em relação à modalidade simples do delito. Em todos os casos de homicídio qualificado a pena passa de reclusão de 6 a 20 anos para reclusão, de 12 a 30 anos.

O homicídio qualificado é crime hediondo independente de qual seja a qualificadora.

> Homicídio qualificado
>
> § 2° Se o homicídio é cometido:
>
> I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
>
> II - por motivo fútil;
>
> III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
>
> IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
>
> V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O feminicídio é a morte de mulher, praticada pelo homem ou por outra mulher, motivada por razões da condição de sexo feminino da vítima, conforme disposto no §2-A do Código Penal.

> Feminicídio
>
> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
>
> VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:
>
> VIII - (VETADO):
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
>
> § 2°-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I - violência doméstica e familiar;
>
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A Lei 13.104/15 foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher do Congresso Nacional, que investigou a violência contra as mulheres no Brasil durante o período de março de 2012 a julho de 2013. Referida lei, alterou o Código Penal brasileiro, e incluiu como qualificadora do crime de homicídio o feminicídio e o colocou na lista de crimes hediondos. O crime de homicídio prevê pena de seis a 20 anos de reclusão, mas quando for caracterizado feminicídio, a punição parte de 12 anos de reclusão (MANSUIDO, 2020).

De acordo com Fernando Capez (2016, p. 89, apud MELO, 2017, online).

> A qualificadora do feminicídio é de natureza subjetiva, ou seja, está relacionada com a esfera interna do agente (“razões de condição de sexo feminino”). Não pode ser considerada com o objetiva, pois não tem relação com o modo ou meio de execução da morte da vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O feminicídio foi incluído como qualificadora em relação ao crime de homicídio, não houve, a criação de um tipo autônomo de feminicídio. O feminicídio é uma qualificadora pela motivação do agente (TASSE, 2019).

O homicídio culposo está previsto no §3° do artigo 121, nesta modalidade há uma ação voluntária dirigida a uma atividade lícita, porém, em razão da quebra do dever de cuidado a todos exigidos, ocorre um resultado ilícito não pretendido, cujo risco nem sequer foi assumido (VENTURA, 2015).

> Homicídio culposo
>
> § 3º Se o homicídio é culposo:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> Aumento de pena
>
> § 4° No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Existem duas causas de aumento de pena aplicáveis apenas ao homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado, que estão dispostas no § 4º do artigo 121, qual sejam: se a vítima for menor de 14 anos ou se a vítima for maior de 60 anos.

O § 5º dispõe sobre perdão judicial, que é aplicável somente ao homicídio culposo. Em determinados casos, em razão das consequências do crime, o autor é atingido de tal modo, com tamanha intensidade e de forma perpétua, que a imposição de pena, tendo em vista seu caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, torna-se absolutamente desnecessária. O perdão judicial é uma causa extintiva da punibilidade.

O § 6° dispõe sobre crime homicídio praticado por à milícia privada, ou seja, se refere a uma organização não estatal, que atua ilegalmente, mediante o emprego da força, com a utilização de armas, impondo seu regime de terror em uma determinada localidade (GRECO, 2012).

Por fim, o artigo 121 em seu § 7º, prevê as hipóteses em que haverá a causa de aumento de pena no crime de feminicídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A pena imposta ao feminicídio será aumentada se, no momento do crime, a vítima estava grávida ou havia apenas 3 meses que ela tinha tido filho. O legislador incluiu essa causa de aumento de pena, em razão de que quando a mulher está grávida ou logo após a gestação, ela encontra-se em um estado físico e psicológico de maior fragilidade e sensibilidade. A pena também será aumentada se no momento do crime, a vítima tinha menos de 14 anos, era idosa ou deficiente. Além disso, quando o crime for praticado na presença de descendente ou de ascendente da vítima, a pena também será aumentada.

1.2 Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio ou a Automutilação

O artigo 122 do Código Penal trata sobre o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

> Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
>
> § 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
>
> § 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
>
> § 3º A pena é duplicada:
>
> I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil;
>
> II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.
>
> § 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real.
>
> § 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código.
>
> § 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.

A legislação não pune a tentativa de se matar. O suicídio não é punido, a lei sempre puniu aquele que induz, instiga ou auxilia alguém a se suicidar, e agora, após a promulgação do pacote anticrime, passou a punir também, aquele que induz e auxilia outrem a se automutilar.

Os bens jurídicos tutelados por este artigo são a vida e a integridade física da pessoa humana (NUCCI, 2014).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois trata-se de crime comum. E o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa com capacidade de resistência à prática do suicídio ou da automutilação. Em caso de não existir ou for nula tal capacidade, não ocorre o crime do artigo 122, caput, Código Penal, e nem as qualificadas pelos resultados lesão grave ou gravíssima (CABETTE, 2020).

O tipo penal prevê três condutas, quais sejam: induzir, instigar e prestar auxílio material. O induzimento e a instigação são chamados de participação ou concurso moral, e o auxílio é chamado de participação ou concurso físico ou material (CABETTE, 2020).

Induzir e instigar são procedimentos diferentes. No induzimento o agente gera e provoca a ideia do suicídio ou da automutilação que antes não existia na vítima. Na instigação o agente incentiva uma ideia anterior já existente de matar-se ou automutilar-se, da própria vítima. Nos dois casos a conduta do agente é meramente psicológica e de convencimento. Entretanto, no auxílio, existe uma participação material do autor do crime (CABETTE, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O crime previsto no artigo 122 é de ação penal pública incondicionada, de acordo com o disposto no artigo 100 do Código Penal.

A competência para processo e julgamento do crime será do Tribunal do Júri, se o induzimento, a instigação ou o auxílio se dirigir à prática do suicídio, com a finalidade do agente atingir o bem jurídica vida, finalidade de causar a morte da vítima. Porém, se o induzimento, instigação ou auxílio tiver como intuito apenas à automutilação da vítima, mesmo que dessa ação resulte a morte, a competência será do Juiz comum, vez que o agente tinha como objetivo apenas a autolesão da vítima e mesmo que decorrendo morte não pretendida (CABETTE, 2020).

A partir da promulgação do pacote anticrime, houve alteração da norma e a mesma passou a dispor sobre a forma qualificada do crime. A ocorrência de lesão grave ou morte tornará o crime qualificado. O resultado lesão grave tornará a conduta punível com a pena de reclusão, de 1 a 3 anos. Se o resultado for a morte a pena será de reclusão, de 2 a 6 anos. Caso o motivo do crime seja egoístico, torpe ou fútil; e também quando o crime for praticado contra menor ou contra pessoa com capacidade civil reduzida, a pena será duplicada.

A pena será aumentada até o dobro se a conduta for realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real, bem como, a pena será aumentada em metade, se o autor for líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual.

1.3 Infanticídio

O crime de infanticídio está previsto no artigo 123 do Código Penal.

> Infanticídio
>
> Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
>
> Pena - detenção, de dois a seis anos.

O crime de infanticídio precisa ter a mãe como sujeito ativo, ou seja, aquela que comete a ação e como sujeito passivo, o filho nascente (durante o parto) ou recém-nascido (logo após o parto).

No entendimento doutrinário o infanticídio é um homicídio privilegiado por causa das alterações fisiológicas que refletem a incapacidade da mãe em avaliar o delito que se está cometendo. Por ser privilegiado terá a diminuição da pena de 1/6 a 1/3 e por isso será aplicada na terceira fase da dosimetria da pena e não está facultado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ao juiz a diminuição, pois se for reconhecido pelo Tribunal do Júri conforme o artigo 74 parágrafo primeiro do Código de processo penal, o juiz não poderá deixar de aplicar a diminuição de pena (ALVES, 2020).

O momento do delito é durante o parto ou logo após, o parto inicia-se com a dilatação do colo do útero e as suas dores, e depois a fase de expulsão, que decorre da dilatação completa ocasionando o esvaziamento do útero, o feto é impelido para fora, a placenta se separa e também é expulsa, assim finalizando o parto. O momento logo após o parto é enquanto durar o estado puerperal em cada mulher (ALVES, 2020).

O estado puerperal é definido como aquele que envolve a parturiente no momento da expulsão da criança do ventre materno. Nesta hora, ocorrem intensas alterações psíquicas e físicas, as quais chegam a transformar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo, por essa razão, trata-se de situação de semi-imputabilidade, ocasionando o tipo penal próprio do infanticídio (BARROSO, 2016).

O estado puerperal é elemento objetivo do tipo penal do crime de infanticídio e deve ser atestado por um laudo psiquiátrico pericial, comprovando o abalo psíquico da mãe, para comprovação do delito descrito no artigo 123 (BARROSO, 2016).

Poderá haver responsabilização de terceiros no crime de infanticídio, que se dará pelo coautor ou partícipe que auxilie a mãe a matar o próprio filho, e mesmo estes não estando sob influência do estado puerperal como a mãe, responderão pelo infanticídio com base nos artigos 29 e 30 do Código Penal. Essa responsabilização do coautor ou partícipe se dá porque o estado puerperal é elementar do crime (ALVES, 2020).

1.4 Aborto

O aborto é a interrupção da gravidez com a morte do feto (MORAIS, 2008). O aborto pode ocorrer de forma natural ou espontânea.

O aborto é a interrupção precoce da gravidez, espontânea ou provocada, com a remoção ou expulsão de um embrião ou feto, resultando na morte do concepto ou sendo causada por ela (ABCMED, 2013).

De acordo com Mirabete (2001, p. 93):

> Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão.

A questão do aborto envolve aspectos morais, éticos, legais e religiosos, cuja avaliação depende da singularidade de cada pessoa (ABCMED, 2013).

A conduta de abortar esta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal. O aborto pode ser provocado, acidental, espontâneo ou legal. A objetividade jurídica tutelada é a vida do feto.

1.4.1 Autoaborto

O autoaborto encontra-se disposto no artigo 124 do Código Penal.

> Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
>
> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.

No crime de autoaborto a própria gestante é quem pratica a conduta abortiva que provoca à morte do feto, que pode ser realizada através da ingestão do uso de medicamento com substâncias abortivas (NUNES, 2020).

A pena cominada ao o crime de autoaborto é apenas de um a três anos de detenção. É cabível a suspensão condicional do processo, se a gestante preencher os requisitos do artigo 89 da Lei n° 9.099/95.

A ação penal é pública incondicionada e de competência do Tribunal do Júri.

No autoaborto o sujeito ativo será a mãe que pratica o ato, e o feto, o sujeito passivo.

O autoaborto previsto no artigo 124 do Código Penal, primeira parte, onde a mulher pratica o aborto em si mesma, trata-se de crime especial, só podendo praticá-lo a mulher gestante.

Na segunda parte do artigo 124, é disposto sobre o aborto consentido em que a agente gestante é incriminada por "consentir que outro lhe provoque" o aborto, e o "outro" que lhe provoca o aborto responderá pelo crime previsto no artigo 126 do Código Penal em que se comina pena mais severa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1.4.2 Aborto Provocado por Terceiro ou Sofrido

O aborto provocado por terceiro ou sofrido encontra-se previsto no artigo 125 do Código Penal.

> Aborto provocado por terceiro
>
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de três a dez anos.

No crime de aborto sem o consentimento da gestante, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois trata-se de crime comum, que possui dupla subjetividade passiva, já que neste caso as vítimas são o feto e também a mulher gestante. O crime é consumado com a interrupção da gravidez e consequentemente morte do feto, sendo desnecessária sua expulsão do ventre materno (GOMES, 2013).

No crime de aborto não é cabível a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea h do Código Penal, que trata das circunstâncias que agravam a pena.

O agente que não souber da gravidez e praticar um ato lesivo contra uma gestante, não será responsabilizado caso haja qualquer tipo de resultado contra o feto, tampouco se houver agravação do resultado do crime em razão de aborto ou aceleração de parto. Portanto, se o sujeito ativo desconhecer a gravidez da vítima, não há que se dizer em dolo ou culpa, tendo em vista o disposto no artigo 18 do Código Penal (GOMES, 2013).

1.4.3 Aborto Consensual

O aborto consensual encontra-se disposto no artigo 126 do Código Penal, o qual dispõe que:

> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
>
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Conforme já dito neste artigo, o aborto consensual também se encontra disposto na segunda parte do artigo 124 do Código Penal, que dispõe sobre quando a gestante permite que outra pessoa lhe provoque o aborto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A gestante que autoriza que lhe provoquem o aborto incorre nas penas do autoaborto, é como se ela tivesse provocado o aborto em si mesma, conforme está disposto no artigo 124 do Código Penal. O agente que provoca o aborto com a autorização da gestante, incorre nas penas do artigo 126.

O aborto consentido tipificado no artigo 126, engloba dois crimes: um para a gestante que consente que no ato prática a conduta delitiva e, outro, para o sujeito que lhe provoca o aborto que pratica a conduta.

Segundo Bitencourt (2012) em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o crime de aborto consentido não pode ser aplicado o disposto no caput do artigo 29 do Código Penal, o qual se refere ao concurso de pessoas.

1.4.4 Aborto Qualificado

O aborto será qualificado quando em decorrência do ato do aborto, a gestante morrer ou sofrer lesão corporal grave.

> Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

O aborto qualificado se caracteriza por ser um meio onde pode haver causas de aumento da pena do indivíduo que pratica o ato com ou sem o consentimento da gestante.

De acordo com Bitencourt (2007, p.137):

> Tal artigo apresenta duas causas especiais de aumento de pena, para o crime praticado com o consentimento da gestante: Lesão corporal de natureza grave e morte da gestante. Somente a lesão corporal de natureza Grave, e a morte, qualificam o crime de aborto. Essas qualificadoras aplicam-se a apenas ao aborto praticado, por terceiro, não sendo aplicado ao aborto praticado pela própria gestante, pois não se pune a auto lesão, nem o ato de matar-se.

Rogério Grecco (2015) afirma que há no Código Penal uma impropriedade técnica, constante do artigo 127, quando prevê forma qualificada. Pois na verdade, verifica-se que no mencionado artigo não existem qualificadoras, mas existem causas especiais de aumento de pena, ou, majorantes. Dessa maneira, apenas no terceiro

momento do critério trifásico de aplicação da pena, é que o julgador, verificada as lesões graves ou a morte da gestante, aplicará o aumento de 1/3 ou mesmo duplicará a pena até então encontrada.

2 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES CONTRA A VIDA

O julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri é considerado direito e garantia fundamental, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

A definição da competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida não se limita exclusivamente ao julgamento pelo Tribunal do Júri (SOUZA, 2020).

A competência jurisdicional pode ser dividida, em absoluta e relativa (LIMA, 2016).

A competência absoluta é fixada constitucionalmente. É indisponível às partes, improrrogável e imodificável, cuja inobservância é geradora de nulidade absoluta (SOUZA, 2020).

A competência relativa é fixada por regras infraconstitucionais que atendem ao interesse preponderante das partes, admite prorrogação, e sua inobservância acarreta nulidade relativa (SOUZA, 2020).

Para determinação da competência absoluta, adota-se os critérios relacionados à matéria e à pessoa, enquanto que para definição da competência relativa, o critério adotado é relacionado ao território (SOUZA, 2020).

O Código de Processo Penal define a competência privativa do Tribunal do Júri, enquanto competência fixada pela natureza da infração, conforme disposto no artigo 74, parágrafo 1º, o qual dispõe que compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

A competência do Tribunal do Júri não é sinônimo de Justiça Estadual, visto que tal competência pode ser fixada perante a Justiça Federal (SOUZA, 2020).

O Tribunal do Júri estadual é organizado por leis locais de organização e divisão judiciária, podendo num mesmo foro territorial ou comarca ser instituído Vara especializada com competência privativa, ou ser cumulada com outras competências criminais, ou mesmo, incorporar-se em Vara Única, que terá competência universal (SOUZA, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A garantia fundamental em ser julgado pelo próprio povo de forma soberana não é absoluta, já que a Constituição Federal prevê também exceções.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo teve o escopo de analisar brevemente sobre os crimes contra vida previsto no Código Penal Brasileiro. Conforme apresentado no capítulo 2, os crimes contra a vida são o homicídio; o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; o infanticídio; e as modalidades de aborto. Os crimes estão dispostos do artigo 121 ao artigo 148 do Código Penal.

Os crimes contra vida estão previstos no Código Penal Brasileiro, no capítulo de crimes contra a pessoa. Tal capítulo tem por objetivo proteger a vida, a integridade corporal, a honra e a liberdade do indivíduo.

O homicídio é o ato de tirar a vida de outra pessoa, o homicídio pode ser simples, qualificado, culposo, privilegiado e há também o feminicídio, que foi incluído a pouco tempo no artigo 121.

O induzimento, instigação ao suicídio ou a automutilação é o crime realizado por aquele que induz, instiga ou auxilia outra pessoa a tirar a própria vida ou se ferir. Antes, o artigo 122 incriminava apenas aquele que incentivava o suicídio, atualmente, após a promulgação e mudanças provocadas na legislação penal pelo pacote anticrime, o artigo penaliza também aquele que incentiva outrem a se automutilar.

O crime de infanticídio ocorre quando a mulher mãe, em estado puerperal, tira a vida do próprio filho gerado.

Por fim, foi tratado sobre o crime de aborto que possui várias modalidades, existe o autoaborto, o aborto provocado por terceiro, aborto provocado com o consentimento da gestação e o aborto qualificado, em todas as suas formas, o aborto é o ato de matar o feto que ainda encontra-se dentro do útero da mãe gestante, é a morte da criança durante seu período gestacional.

Cada um dos crimes estudados possui suas peculiaridades e características que divergem entre um e outro. Mas, todos os crimes dolosos contra a vida são de ação penal pública incondicionada. Porém, é possível o ajuizamento de queixa-crime na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública ou, ainda, caso haja crime conexo que seja sujeito à ação privada. O julgamento dos crimes dolosos contra a vida é de competência do Tribunal do Júri.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ABCMED, 2013. **Aborto: o que é? O que deve ser feito quando ele ocorre? Quais são os riscos?**. Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto-o-que-e-o-que-deve-ser-feito-quando-ele-ocorre-quais-sao-os-riscos.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

ALVES, Laryssa. **Resenha Crítica: O Infanticídio e o Estado Puerperal.** 2020. Disponível em: <https://lalaguimaraes2306.jusbrasil.com.br/artigos/918635005/resenha-critica-o-infanticidio-e-o-estado-puerperal?ref=feed>. Acesso em: 26 set. 2020.

BARROSO, Sérgio Luiz. **O que é o crime de infanticídio? Quais as diferenças entre ele e o homicídio?.** Disponível em: <https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/444612395/o-que-e-o-crime-de-infanticidio-quais-as-diferencas-entre-ele-e-o-homicidio>. Acesso em: 25 set. 2020.

CABETTE, Eduardo L. Santos. **Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio ou à automutilação.** 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/798459359/induzimento-instigacao-e-auxilio-ao-suicidio-ou-a-automutilacao>. Acesso em: 29 set. 2020.

GOMES, Jardel Souza. **O crime de aborto praticado por terceiros e sua responsabilização penal.** 2013. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7924/O-crime-de-aborto-praticado-por-terceiros-e-sua-responsabilizacao-penal>. Acesso em: 25 out. 2020.

GRECO, Rogério. **Homicídio praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.** 2012. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819871/homicidio-praticado-por-milicia-privada-sob-o-pretexto-de-prestacao-de-servico-de-seguranca-ou-por-grupo-de-exterminio>. Acesso em: 25 set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** In: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Especial. 12. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2015.

LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

MANSUIDO, Mariane. **Entenda o que é feminicídio e a lei que tipifica esse crime.** 2020. Disponível em: <www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/entenda-o-que-e-feminicidio-e-a-lei-que-tipifica-esse-crime/>. Acesso em: 25 out. 2020.

MELO, Alexandre J. **Feminicídio.** Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819871/homicidio-praticado-por-

milicia-privada-sob-o-pretexto-de-prestacao-de-servico-de-seguranca-ou-por-grupo-de-exterminio>. Acesso em: 25 set. 2020.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher.** Senatus, Brasília: 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2014. Disponível em: <https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/06/cc3b3digo-penal-comentado-guilherme-nucci-ed-forense-14c2aa-edic3a7c3a3o-2014.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

SOUZA, Anderson Batista. **Crimes dolosos contra a vida: competência jurisdicional.** 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78945/crimes-dolosos-contra-a-vida-competencia-jurisdicional/2>. Acesso em: 05 nov. 2020.

VENTURA, Denis Caramigo. **Os crimes contra a vida.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8909/Os-crimes-contra-a-vida>. Acesso em: 25 set. 2020.

TASSE, Adel El. **Feminicídio e as qualificadoras pelo motivo.** 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/295355/feminicidio-e-as-qualificadoras-pelo-motivo>. Acesso em: 25 out. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS REFLEXOS DA LEI 14.034/20 NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS RELACIONADOS AO CANCELAMENTO DE PASSAGENS AÉREAS NA PANDEMIA DO COVID-19

ALTIERES RIBEIRO MIRANDA. Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG

WENAS SILVA SANTOS65

(orientador)

RESUMO: Desde que foi descoberto o vírus do SARS-COV-2, o mundo inteiro passou por inúmeras adequações desde uso de máscara em locais públicos até a decretação de lockdown. Ocorre que mesmo com a implantação de medidas preventivas, estas não foram suficientes para conter a disseminação da doença. E em poucos meses a OMS decretou que a covid-19 caracterizava-se como pandemia, o que levou ao fechamento de fronteiras e causou consideráveis prejuízos para diversos setores econômicos, inclusive, para a aviação civil. Com o aumento no número de cancelamentos de passagens aéreas e a abrupta queda do número de passageiros, o governo federal, visando salvaguardar a saúde financeira as companhias aéreas, editou a MP 925/2020 que posteriormente originaria a Lei 14034/20, a qual dispõe sobre medidas emergenciais para amenizar os danos causados pela pandemia de COVID-19 na aviação civil brasileira.

Palavras-chave: Lei 14034/2020. Aviação Civil. Covid-19.

ABSTRACT: Since the SARS–COV–2 virus was discoX'vered, the whole world has undergone numerous adaptations from wearing a mask in public places to decree a lockdown. However, even with the implementation of preventive measures , these were not enough to contain the growth of the disease. In a few months, OMS decreed the COVID–19 was caracterized as a pandemic, closing boders and caused considerable damage to economic sectors, including civil aviation. With the increase in the number of cancelation airline ticket and the abrupt drop in the number of passengers, the brazilian federal governement, in order to safeguard the financial health of the airlines company, published MP 925/2020, which would later originate law 14034/2020. The new legislation provides on emergency means to mitigate the damage caused by the COVID–19 pandemic in Brazilian civil aviation.

65 Pós-graduado em direito público e docência universitária, mestre em estudos interdisciplinares de cultura e território, Pós - Faculdade Católica Dom Orione -FACDO, Mestrado - Universidade Federal do Tocantins- UFT

Keywords: Law 14034/2020. Civil Aviation. Covid-19

INTRODUÇÃO

Atualmente, observa-se que as sociedades, em geral, vivem um cenário de globalização, caracterizado pela interdependência econômica entre as nações, por trocas culturais e por influências políticas internacionais. É importante destacar que o desenvolvimento tecnológico da aviação, principalmente após a II Guerra Mundial, foi um dos responsáveis para que essa integração ocorresse de forma mais acentuada, visto que possibilitou o transporte de pessoas e de mercadorias de forma rápida e em grande escala.

Ocorre que, em um mundo de nações tão interligadas, não só mercadorias e pessoas circulam de forma rápida e intensa. O vírus SARS-COV-2, que provoca a doença denominada como COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde, foi descoberto na cidade de Wuhan, interior da China, em dezembro de 2019 e, em 11 de março de 2020 sua contaminação já caracterizava-se como pandemia, de acordo com os critérios da OMS.

Desde a decretação do COVID-19 como pandemia, os governos de todo o globo têm adotado medidas para contenção da mesma, dentre as quais se destacam as medidas de isolamento social, que mudaram de forma abrupta o modo de vida das pessoas e afetaram de alguma forma todos os setores econômicos.

Dentre esses setores, está a aviação civil, a qual teve de lidar com o grande número de cancelamentos de voos devido ao fechamento de fronteiras e com o cancelamento de passagens pelos próprios passageiros. A eminente quebra das companhias aéreas em decorrência do impacto financeiro sofrido, levou o governo a implementar a Medida Provisória 925 de 2020, da qual proveio a Lei 14.034, de 5 de agostos de 2020, a qual dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em decorrência da pandemia de COVID-19. (SILVA e PARRA, 2008).

1. EFEITOS SOCIOECONÔMICOS DA PANDEMIA DE COVID-19

Segundo o historiador Laurentino Gomes (2007), um dos trabalhos mais difíceis ao se analisar um fato passado, é fazê-lo sob a ótica de quem o viveu e do que se tinha de informação no momento ocorrido, e não sob a ótica de quem o analisa após saber seus desdobramentos. Este pensamento deve ser aplicado ao analisar o que ocorreu principalmente no início da contaminação pelo novo vírus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ocorre que esta era uma doença totalmente desconhecida, pouco se sabia sobre os seus sintomas, forma de contaminação, forma de tratamento e impactos sobre os sistemas de saúde e econômicos. Por isso, o trabalho não entrará no mérito de analisar se as medidas de contenção foram adequadas ou não, apenas elucidará os seus efeitos.

O foco inicial de contaminação ocorreu na China, mas, apenas 3 meses após os primeiros casos, a doença já possuía características de pandemia. Vale destacar que esta caracterização não advém da gravidade da doença, mas de sua disseminação. Segundo a OMS, caracteriza-se como pandemia a disseminação de uma nova doença que ultrapassa os limites de uma região e se espalhada pelos continentes através da contaminação de pessoa para pessoa.

Com a decretação do status de pandemia, mesmo os países em que a transmissão ainda não era intensa passaram a adotar medidas de contingenciamento mais rigorosas, dentre elas: a realização de testes de detecção da doença; o investimento em pesquisa científica para concepção de vacina ou remédio apropriado; o incentivo a medidas de higiene, como lavagem das mãos e uso de álcool em gel; e a adoção do fechamento de fronteiras e de diligências para promoção do isolamento social.

Ou seja, o estilo de vida das pessoas mudou em uma escala global em maior ou em menor grau. No Brasil, foi dada autonomia aos governos dos Estados e Municípios para impor prerrogativas de isolamento, quarentena, restrição de horários de locomoção e disponibilidade de serviços públicos e particulares durante a pandemia.

Assim, cada cidade e estado adotou as diligências necessárias de acordo o agravamento da disseminação e a estruturação do sistema de saúde local. No geral, aulas presenciais foram suspensas, o horário de funcionamento do comércio foi reduzido, tornou-se obrigatório o uso de máscara em locais públicos, a modalidade presencial de ensino e trabalho foram substituídas pela modalidade à distância através da internet, entre outros.

O incentivo ao distanciamento social e à permanência em casa, o fechamento de fronteiras e o medo da contaminação levaram ao cancelamento de inúmeras viagens, e as companhias aéreas sofreram fortes impactos financeiros.

No final de marco de 2020, a companhia Gol Linhas Aéreas, uma das mais relevantes do país, suspendeu todos os voos internacionais e reduziu 92% dos voos domésticos, passando a operar apenas 50 voos diários, concentrados apenas nos maiores aeroportos do país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Do mesmo modo a companhia aérea LATAM, no início da segunda quinzena do mês março, anunciou a redução de seus voos internacionais e domésticos, totalizando uma queda de 90% no número de voos, sendo o mesmo se estende a outros países do Mercosul onde a empresa está situada. Devido a esta situação, a empresa promoveu o desligamento de 2700 tripulantes da LATAM Brasil. (SACONI, 2020).

Um levantamento realizado pela INFRAERO mostra a queda significativa do número de passageiros nos principais aeroportos brasileiros:

TABELA 1: Comparativo do número de voos entre o período, março de 2019 a março de 2020

Aeroportos	Março de 2019	Março de 2020	Diferença %
Congonhas	1,874,375	1,028,426	-45%
Afonso Pena	548,653	318,373	-42%
Pampulha	14,665	9,529	-35%
Campo de Marte	8,322	5,444	-35%
Santos Dumont	770,444	534,299	-31%
Manaus	230,693	181,924	-21%

FONTE INFRAERO, editado pelo autor.

Para se ter ideia dos efeitos de uma crise no setor aéreo na esfera mundial, deve-se compreender que se restringe apenas às companhias aéreas, mas engloba também os setores de comissariado, as fabricantes de aeronaves, agências de turismo, empresas de alimentação, serviços de manutenção das aeronaves e aeroportos, entre outros.

Em virtude disso, foi aprovada em 18 março de 2020 a Medida Provisória 925 de ajuda ao setor aéreo, da qual se oriunda a Lei 14.034 de 5 de agosto de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Originalmente, a medida possuía apenas 4 artigos, mas foi ampliada durante a tramitação no Congresso Nacional, resultando em uma lei com 13 artigos, os quais versam sobre medidas de amparo às companhias, novas regras para reembolso das passagens durante a vigência da lei, dentre outros. (MARGRAF, SOUZA e LAZARI, 2020)

2. ALTERAÇÕES IMPLANTADAS PELA LEI 14.034/20

Antes da promulgação da Lei 14.034, a Resolução 400 da ANAC trazia medidas que regiam acerca do sistema aéreo brasileiro, entretanto desde 05 de agosto de 2020 permaneceu inerte pois a partir desta data passou a entrar em vigor a Lei 14034/2020 trazendo algumas alterações que serão destrinchadas a seguir

Para os voos programados entre 19 de março de 2020 a 31 de outubro de 2021 serão aplicadas as regras da lei, no entanto voos programados até 18 de março de 2020 ou após 1° de novembro de 2021 estes seguirão as regras da resolução da ANAC. (BELMONTE e ZANONI, 2020)

Dentre as alterações que a lei implantada trouxe, estas foram as mais importantes: o prazo para o reembolso, correção monetária, compra de passagem aérea parcelada e substituição do reembolso por credito.

Em relação aos prazos para reembolso a resolução previa que após o pedido de cancelamento as companhias aéreas teriam até 7 dias para a devolução do valor, após a Lei 14.034/20 esse prazo passou para 12 meses, no entanto o passageiro receberá o valor corrigido com base no índice nacional de preço ao consumidor.

Nas compras de passagens parceladas, quando ocorrer o cancelamento e ainda houver parcelas em aberto a Resolução não previa que fossem canceladas as parcelas vincendas, todavia, a nova lei obriga as empresas a suspenderem o pagamento das parcelas futuras junto as operadoras de cartões credito. (ANAC, 2021)

No que diz respeito a substituição do reembolso do valor da passagem por credito junto a companhia, em ambas as normas os passageiros não estão obrigados aceita-lo. Mas enquanto a norma anterior não isentava o consumidor de multas contratuais, a nova lei além de isentar os consumidores de multas, possibilita que eles recebam um credito até maior que o valor das passagens substituídas.

Com relação ao período para utilização dos créditos citado no parágrafo interior, em respeito, ao princípio da autonomia da vontade das partes, a resolução permitia que clientes e empresas acordem o entre si, já a nova lei restringe o prazo para a utilização do crédito em 18 meses.

3. ESTUDO DE CASO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O presente estudo de caso visa apresentar amostra de aplicação da Lei 14.034/20, como fundamentação em Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, proposta perante Juízo da 1ª Vara Cível de Gurupi-TO, sob os autos 00112465020208272722, autuado no dia 02 de outubro de 2020, tendo como requerente pessoa física compradora de passagem aérea, e como requeridos a empresa de turismo através da qual adquiriu a passagem e a companhia aérea responsável pelo transporte.

Consta nos autos que no dia 12 de setembro de 2020, o requerente adquiriu passagem aérea através do sítio eletrônico da empresa de turismo requerida, pagando de imediato R$ 314,80 (trezentos e quatorze reais e oitenta centavos) e parcelando o restante do valor em 5 parcelas de R$ 211,31 (duzentos e onze reais e trinta e um centavos) via cartão de crédito.

A saída do voo estava programada para o dia 23/09/2020, da cidade de Brasília/DF com destino a Boa Vista/RR, e o retorno estava programado para o dia 30/09/2020. Ocorre que a viagem seria realizada para participação do passageiro em concurso público, cuja aplicação da prova objetiva foi suspensa no dia 15/09/2020, mesmo dia em que o requerente solicitou o cancelamento da passagem e pugnou pelo reembolso do valor da passagem.

Em resposta à solicitação, a agência de turismo informou que o cancelamento deveria ser solicitado à própria companhia aérea, por meio eletrônico. Em resposta aos diversos pedidos de cancelamento, a companhia ofereceu o ressarcimento do valor em forma de crédito para obtenção de outros serviços, e frente ao desinteresse do requerente no crédito, informou que reembolsaria apenas o valor referente à taxa de embarque, equivalente a R$ 66,00 (sessenta e seis reais).

Por julgar abusivo o valor retido devido ao cancelamento da passagem e por considerá-lo meio de enriquecimento sem causa, o requerente ajuizou a ação estudada, para arguir a restituição do valor da passagem e indenização por danos morais.

O requerente alega que no caso de compra de passagem aérea pela internet, o consumidor goza do Direito de Arrependimento, previsto no art. 49 do CDC:

> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

> Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Visto que o requerente adquiriu a passagem no dia 12/09/2021 e solicitou o cancelamento da mesma no dia 15/09/2021, caso o magistrado considere o dispositivo aplicável a tal caso, os valores pagos deverão ser devolvidos imediata e integralmente, podendo ser retido no máximo 5% do valor pago, segundo o § 3º, do art. 740, do Código Civil:

> Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada.
>
> [...] §3º Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.

Como este trabalho visa analisar a utilização da Lei 14.034/2020 nos pedidos de reembolso de passagem, destaca-se que o requerente solicitou que fosse devolvido o valor da passagem, na forma e prazo previstos no art. 3º dessa lei, o qual dispõe que o valor da passagem aérea devido ao consumidor por cancelamento de passagem será realizado pelo transportador no prazo de 12 meses, contados a partir da data do voo, caso este realizar-se-ia entre 19 de março de 2020 e 31 de outubro de 2021.

A mesma lei também dispõe que fica a critério do consumidor optar por obter crédito de valor correspondente ao da passagem aérea ou por receber o reembolso, ambos sem incidência de quaisquer penalidades contratuais.

Quanto ao pedido de tutela de urgência, a fim de que fosse suspensa a cobrança de parcelas futuras, o requerente a solicitou com base no art. 300, do CPC, o qual dispõe que a tutela de urgência será concedida quando houver evidências da probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Mas o mesmo efeito poderia ser solicitado com fundamentação no § 8º, do art. 3º, da Lei 14.034/2020, o qual determina que é responsabilidade da própria transportadora tomar as medidas necessárias frente às instituições emissoras de cartão para interrupção da cobrança de parcelas ainda não pagas:

> § 8º Em caso de cancelamento do voo, o transportador, por solicitação do consumidor, deve adotar as providências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> necessárias perante a instituição emissora do cartão de crédito ou de outros instrumentos de pagamento utilizados para aquisição do bilhete de passagem, com vistas à imediata interrupção da cobrança de eventuais parcelas que ainda não tenham sido debitadas, sem prejuízo da restituição de valores já pagos, na forma do caput e do § 1º deste artigo.

Visto que o presente trabalho restringe-se a análise da aplicação da Lei 14.034/2020 ao caso concreto, não serão analisadas aqui as questões referentes à indenização por dano moral.

Finalizando o estudo de caso, vale demonstrar que a companhia aérea também fundamentou sua defesa também através da Lei 14.034/2020, ressaltando que, com relação ao pedido da parte autora, não há que se falar na restituição imediata do valor pago pela passagem, visto que a nova norma permite que o reembolso seja feito em até 12 meses.

Tendo em vista o caso estudado, observa-se a Lei 14.034/202 já tem sido aplicada nas lides entre companhias de transporte aéreo e passageiros. E deve-se ressaltar que o presente estudo não apresenta a decisão jurisdicional, pois a mesma ainda não foi proferida, estando o processo em fase de conclusão para julgamento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, foi possível perceber que a pandemia de COVID-19, entre outras mudanças, provocou restrições drásticas em relação às possibilidades de deslocamento das pessoas, o que afetou diretamente o sistema de transporte aéreo.

Os impactos financeiros sobre as companhias advindos ao número de cancelamentos de voos e passagens foram tais que tornou-se necessário a implantação da Lei 14.034/20, que estabelece medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise de COVID-19 na aviação brasileira. Dentre estas medidas, destacam-se: a alteração do prazo de pagamento dos contratos de concessões dos aeroportos e dos prazos e regras para reembolso de passagens.

Em suma, a edição da nova legislação em decorrência de uma situação excepcional, faz lembrar o quanto sociedade e direito são elementos umbilicalmente ligados, e que as mudanças naquela acarretam renovações neste, visto que ambos são estruturas que nunca poderão ser consideradas prontas e acabadas.

Para a professora Ana Lúcia Sabadell (2015), embora transformações ocorram continuamente na sociedade e no direito, a forma como elas ocorrem são distintas. Enquanto as transformações sociais ocorrem de forma mais rápida, espontânea e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dinâmica, as transformações no direito ocorrem mais lentamente, necessitam de discussão e aprovação e, em geral, as mudanças jurídicas são posteriores às mudanças sociais.

Em concordância com estas reflexões, a edição da Lei 14.034/20 é um exemplo prático de lei que teve que ser editada com a urgência que as mudanças socioeconômicas decorrentes da situação de pandemia exigiam, a fim de amenizar os efeitos que uma crise no setor aéreo podem causar.

5 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. **Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016**. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>.

AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. **Regras aplicáveis à alteração e ao reembolso de passagens aéreas**. ANAC. Disponível em: https://www.anac.gov.br/passageirodigital/coronavirus/reembolso

BELMONTE, Renata; ZANONI, Amanda. **Os avanços trazidos com a edição da Lei 14.034/20**. Migalhas. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/331775/os-avancos-trazidos-com-a-edicao-da-lei-14-034-20.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: ehttps://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91585/codigo-de-defesa-do-consumidor-lei-8078-90

BRASIL. **Lei 14.034, de 5 de agosto de 2020**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14034-5-agosto-2020-790505-norma-pl.html.

CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória nº 925, de 2020**. *Congresso Nacional.* Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141111>.

GOMES, Laurentino. **1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. 414p.

MARGRAF, Alencar Frederico; SOUZA, Marcelly Patrícia de; LAZARI, Rafael de. **Pandemia 2020 e o impacto nas companhias aéreas brasileiras**. RJLB, Ano 6 (2020), nº 5, pg. 25-64.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, Odair Vieira da; PARRA, Cecília de Souza. **A importância do transporte aéreo para o turismo e a economia mundial**. Revista científica eletrônica de turismo – ISSN: 1806-9169, Ano V, nº 9, junho de 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ABORDAGEM POLICIAL

SARA BRUNA SILVEIRA CARNEIRO: Graduanda do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS[66]

(orientador)

RESUMO: Diariamente milhares de cidadãos são vítimas de agressões e abusos por parte da polícia. Essas ações injustas e preconceituosas ocorrem em todos os cantos do mundo, assim como no Brasil. Diante desse fato, o objetivo inicial desse estudo é discorrer sobre as abordagens policiais no Brasil. Em seguida, também se direciona a discussão sobre como essas medidas tem impactado os Direitos Humanos. Tenciona com a escolha dessa temática, enfatizar que a abordagem policial nos dias atuais não vem sendo efetivas no sentido de respeito aos cidadãos, onde muitas vezes é verificado um excesso na abordagem por meio do uso de violência física e moral. Também se discute as razões dessa ação e o enquadramento de um perfil de indivíduos que estejam mais vulneráveis a essas abordagens. Na metodologia, essa pesquisa se enquadra na revisão da literatura, baseada em artigos científicos, legislação atual e doutrinas jurídicas. Nos resultados, ficou claro que a abordagem policial afeta significamente as pautas defendidas pelos Direitos Humanos. Na busca para solucionar essa questão, o caminho ideal encontrado é por meio da Educação, ou seja, na inclusão de cursos de aperfeiçoamento de práticas de abordagem, com enfoque no respeito à dignidade humana.

Palavras-chave: Abordagem policial. Direitos Humanos. Legislação.

ABSTRACT: Every day thousands of citizens are victims of aggression and abuse by the police. These unfair and prejudiced actions occur in all corners of the world, as well as in Brazil. Given this fact, the initial objective of this study is to discuss police approaches in Brazil. Then, there is also a discussion on how these measures have impacted Human Rights. With the choice of this theme, he intends to emphasize that the police approach today has not been effective in the sense of respect for citizens, where there is often an excess in the approach through the use of physical and moral violence. It also discusses the reasons for this action and the framing of a profile of individuals who are most vulnerable to these approaches. In the methodology, this research fits into the literature review, based on scientific articles, current legislation

66 Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail:

and legal doctrines. In the results, it was clear that the police approach significantly affects the guidelines defended by Human Rights. In the search to resolve this issue, the ideal path found is through Education, that is, the inclusion of courses to improve approach practices, with a focus on respect for human dignity.

Keywords: Police approach. Human rights. Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. A abordagem policial no contexto social. 4. Direitos Humanos: aspetos gerais. 5. Abordagem policial diante dos Direitos Humanos. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Tema bastante discutido na sociedade, na política e na esfera jurídica, assuntos relacionados à Segurança Pública sempre trazem a tona uma realidade cada vez mais latente: desestrutura do sistema de segurança e a extrema violência por parte daqueles que deveriam assegurar a segurança ao cidadão e a sociedade.

Importante destacar que na norma constitucionalista, a segurança pública é obrigação do Estado, direito e responsabilidade de todos os cidadãos, com o intuito de exercer a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988).

Por essa previsão legal, é possível verificar que o constituinte, na busca por manter a ordem pública, determinou que em determinadas situações órgãos policiais podem realizar abordagens policiais, revistas pessoais, de residenciais ou de automóveis, apenas com mandado judicial autorizando tal ato (MAGALHÃES, 2018).

Ocorre que em muitas dessas abordagens é possível notar um excesso de fiscalização, gerando muitas vezes em atos de agressão e de preconceito. São situações onde se percebe um abuso no exercício policial na abordagem aos cidadãos, muitos deles tendo o mesmo perfil: negros, pobres e com baixa instrução escolar.

Diante desses casos – que são expostos diariamente na mídia – é nítido observar que se está diante de um flagrante de violação dos Direitos Humanos, que no seu bojo busca proteger todos os indivíduos, sem distinção. Com isso, o presente trabalho possui o objetivo de discutir sobre a abordagem policial feita de forma abusiva e como esse ato fere os preceitos preconizados pelos Direitos Humanos.

Dessa forma, essa pesquisa tenciona apresentar as diferentes formas de abordagem policial, desde a que está prevista na legislação pátria até aquelas que são praticadas nas ruas. Soma-se a isso, a análise das causas que levam muitos policiais a

excederem na abordagem, principalmente quando estão diante de um perfil bem unificado.

Por fim, também se faz importante analisar quais as penalidades que são impostas aos que praticam o abuso de autoridade policial e quais medidas preventivas podem ser implantadas na busca para solucionar esse problema.

2. METODOLOGIA

Esse estudo trata-se de uma revisão da literatura. De acordo com Carvalho (2019) a revisão de literatura é parte essencial de um trabalho científico, pois contextualiza o cenário de pesquisa atual, aponta inconsistências conceituais e incita a realização de novos estudos, tudo a partir do resumo e da síntese de trabalhos já existentes.

Os meios de buscas empregados foram as doutrinas jurídicas encontradas em livros, artigos, sites, jornais, revistas, etc. Nos critérios de inclusão e exclusão os materiais utilizados nesta pesquisa são baseados na legislação brasileira e na jurisprudência. Todos os materiais serão adquiridos de forma gratuita, por serem leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3. A ABORDAGEM POLICIAL NO CONTEXTO SOCIAL

A violência policial é um dos temas mais discutidos nas últimas décadas, uma vez que é perceptível o quanto a sociedade tem sido vítima de todo tipo de agressão e atos violentos por parte da polícia ou de outros integrantes da Segurança Pública brasileira. A mídia tem mostrado diariamente casos envolvendo violência policial, e as estatísticas mostram um crescimento no número desses casos a cada ano.

A violência policial é uma realidade fática no Brasil, passando a ser usada, sobretudo, como instrumento de controle social e mais especificamente como instrumento de controle da criminalidade. Esse fato acaba por gerar efeitos negativos, tanto para a estrutura policial como para a sociedade e pro Direito.

Como bem enfatiza Neto (2017), os casos de violência policial acabam por gerar uma ideia de descontrole e insegurança resultando numa ampliação nas formas de violência. A violência policial, principalmente quando os responsáveis não são identificados e punidos, é percebida como um sintoma de problemas graves de organização e funcionamento das polícias.

Importante citar que há uma diferenciação entre os policiais e os outros cidadãos. Nesse caso, o primeiro está legitimado para fazer uso da força física contra outra pessoa no cumprimento do dever legal (art. 144 da Constituição Federal de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1988), enquanto o cidadão não possui essa prerrogativa, exceto nos casos de legítima defesa, regulado pela norma.

Tão importante quanto discutir as formas de violência policial é tentar entender as causas que levam a essas ações. Na doutrina, encontra-se 3 (três) correntes que discorrem sobre essas causas; a saber:

> **Explicação estrutural:** enfatiza as "causas" da violência policial, geralmente de natureza social, econômica, cultural, psicológica e/ou política. Este tipo de explicação dirige a atenção para características da sociedade — por exemplo, desigualdades sociais e particularmente econômicas, e políticas, culturas, personalidades e atitudes autoritárias —, cuja presença está positivamente associada à presença da violência policial;
>
> **Explicação funcional:** enfatiza as "funções" da violência policial, geralmente do ponto de vista da preservação, mas possivelmente do ponto de vista da mudança de estruturas sociais, econômicas, culturais, psicológicas e/ou políticas. Este tipo de explicação dirige a atenção para problemas e crises em determinados sistemas — por exemplo, sistema social e/ou político, ou mais especificamente sistema de segurança pública —, em relação aos quais a violência policial seria um sintoma e uma resposta;
>
> **Explicação processual:** enfatiza as "razões" ou "motivações" da violência policial, do ponto de vista das organizações policiais e/ou dos agentes policiais, geralmente de natureza instrumental mas possivelmente de natureza expressiva. Dentro deste tipo de explicação cabem as explicações segundo as quais a violência policial é praticada em benefício dos próprios policiais — e, portanto, sugerem a autonomia das organizações e dos agentes policiais —, tanto quanto as explicações segundo as quais a violência policial é praticada em benefício de um determinado grupo ou classe social ou mesmo de uma determinada sociedade ou Estado — e, portanto, sugerem o controle das organizações e dos agentes policiais por outros atores.(NETO, 2017, p. 136)

Nota-se pelas correntes acima descritas, que as causas que geram a violência policial são variadas, a ponto de não haver apenas um único motivo ou condição. Nesse ponto, é possível entender que os policiais, no exercício de suas funções, praticam atos de violência em decorrência da desigualdade social (onde as vítimas geralmente são

de baixa renda, negros e com baixa escolaridade); em resposta a um conflito político ou social ou até mesmo em causa própria (NETO, 2017).

De todo modo, é na abordagem policial que se encontra o contexto mais favorável para a existência de uma violência policial, haja vista que se é facilitado o contato com outros cidadãos, com base na lei.

A nomenclatura "abordagem" significa qualquer aproximação, com uma finalidade e objetivos delineados e definidos. Sanchez (2016, p. 01) explica que a abordagem policial pode ser entendida como aquele:

> [...] ato administrativo, em que o policial, capacitado na autoridade que lhe foi conferida, interpela o cidadão, com base em fundadas suspeitas, interferindo assim em direitos e garantias individuais, em prol de um interesse público maior, qual seja, o de proporcionar segurança pública a toda à população.

Com base no conceito acima, a abordagem policial remete a ideia de acometer e tomar, de aproximar-se, de chegar, de interpelar. No caso, seria uma prática policial de aproximar-se de uma pessoa ou pessoas, a pé, montadas ou motorizadas, e que emanam indícios de suspeição; que tenham praticado ou estejam na iminência de praticar ilícitos penais, com o intuito de investigar, orientar, advertir, prender, assistir, etc. (ROSA, 2014).

Na abordagem, de maneira acautelatória e coercitiva, é autorizado durante a sua ação (de acordo com a legislação específica) fazer uma inspeção no corpo, vestes, bolsas, pertences, e tudo mais que esteja sob custódia da pessoa abordada, inclusive seu veículo.

De acordo com a legislação pertinente, a abordagem policial à um indivíduo exige, a princípio, um mandado judicial. Todavia, a abordagem será absolutamente legal quando basear-se em fundada suspeita de estar a pessoa em posse de um elemento apto a comprovar a concretude de um crime ou contravenção (CAROLINE, 2020).

Ocorre que essa ação frequentemente utilizada pelas equipes policiais é muito questionada, pois remete a relação Estado/cidadão a uma fronteira delicada, onde direitos são tolhidos em nome da coletividade e da paz social.

Na efetivação da abordagem pessoal, o Estado, que é convencionado e legitimado por seus cidadãos, adota a restrição de determinados direitos e liberdades civis, em proveito de uma ação que garantiria a segurança pública, um dos valores supremos da sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O ato da abordagem autoriza, portanto, o contato físico, pois sem ele não é possível encontrar os objetos que adornam o possível crime, como por exemplo, armas e drogas. Obviamente, os infratores que carregam consigo esse tipo de objetos, optam por escondê-los da melhor maneira (GAECO, 2020).

Dentro desse espectro, é plenamente possível flagrar ações extremamentes violentas de policiais nas abordagens: tortura, agressões físicas, verbais e morais, desrespeito, ameaças, extorsão e tratamento diferenciado em função de classe ou status social. Todas essas ações são praticadas em grande escala por policiais em suas abordagens, emergindo nitidamente um abuso de poder.

Com isso, o que se tem discutido nos últimos anos é o aumento de casos onde é possível verificar um excesso nas práticas de abordagem policial. Muitos desses profissionais aproveitam de sua função para praticar ações que fogem do intuito inicial da abordagem, o que configura nitidamente um desrespeito aos Direitos Humanos, ao qual será analisado no tópico seguinte.

4 DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS GERAIS

Antes de aprofundar na temática proposta por esse estudo é preciso que se apresentem os principais pontos relacionados aos Direitos Humanos, uma vez que a abordagem policial será analisada sobre esse viés.

Percebe-se que há uma tendência mundial em resguardar os direitos do cidadão, respeitando sua integridade física e moral, com observância aos Direitos Humanos e demais princípios que buscam resguardar, garantir e proporcionar um estado de sossego igualitário entre os indivíduos. Resultado disso é o fato de que o cidadão contemporâneo está mais consciente de seus direitos e deveres, não aceitando imposições ou posturas truculentas de outrora, embora tais situações ainda sejam passíveis de acontecer.

Acerca do assunto, tem-se:

> Os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana decorrem da longa evolução histórica dos Direitos Humanos, consagrados na Declaração Universal de 1948 e que precedeu a criação dos sistemas protetivos internacionais dos direitos humanos. Assim, além dos sistemas de controle exercidos pela jurisdição interna dos países, existe o sistema internacional de controle convencional dos direitos humanos, tendência internacional fortalecida e positivada pelo processo de globalização (SIMIÃO, 2018, p. 19).

Em consequência de lutas e reivindicações em diversos momentos revolucionários, em meios a eles a Revolução Americana e Francesa, apoiadas nas influências das ideias do Iluminismo, que tinham como mote a razão e o homem no centro das coisas, culminou-se na criação de cartas, declarações e documentos que regulamenta a respeitos a direitos e as integrações dos indivíduos, assim como entre estes e o Estado.

Tais documentos dispõem sobre assuntos que tangenciam acerca da liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade entre os homens, oposição a arbitrariedades, segurança pessoal, entre diversos direitos e garantias, podendo mencionar os modelos Carta Magna (Inglaterra - 1215), a Bill of Rights (Inglaterra - 1689), a Declaração de Virgínia (EUA - 1776), a Constituição de Weimar (Alemanha - 1919), Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU - 1948), em meio a outras.

O professor Marcelo Novelino (2007, p. 151), acerca das expressões utilizadas em referência aos direitos humanos, dispõe o seguinte:

> Muitas expressões, apesar de não possuírem o mesmo significado, tem sido utilizadas indistintamente para denominar os direitos fundamentais do homem. Dentre elas, direitos fundamentais, direitos humanos, direitos humanos fundamentais, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos civis e políticos.

Para esta pesquisa é interessante aludir que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos possuem distinções entre si, sendo tal diferença conceituada também por Novelino (2007, p. 152) da seguinte forma: "Direitos Humanos são direitos relacionados aos valores liberdade e igualdade positivados no plano internacional", enquanto que "direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados, no plano interno, pela constituição".

Conceitualmente os Direitos Humanos, com base nos dizeres da Organização das Nações Unidas, foram definidos como sendo uma "garantida fundamental e universal que visa proteger os indivíduos e grupos sociais contra as diversas ações ou omissões daqueles que atentem contra a dignidade da pessoa humana" (CASTILHO, 2018, p. 43).

No Brasil, dentre as várias Constituições brasileiras, desde a Constituição de 1824 até a Constituição atualizada de 1988, percebe-se a presença de dispositivos que expressam e declaram a garantia dos direitos fundamentais, consagrados no plano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

interno pelas referidas constituições, bem como observância dos direitos humanos, extraídos dos valores positivados no âmbito internacional.

Inicialmente pode-se observar o texto disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição de 1988, o qual preceitua que a República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais por meio da prevalência dos Direitos Humanos. Perante esta normativa, observa-se que o Brasil adota os direitos e garantias individuais previstos nos documentos internacionais do qual é signatário.

Dentre os fundamentos consagrados pelo texto constitucional, valores importantes para a estruturação do Estado brasileiro, a "dignidade da pessoa humana", retratada no artigo 1º, inciso III, é, segundo Novelino (2007, p. 134):

> Valor supremo que irá informar a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo o sistema de direitos fundamentais. (...) A dignidade da pessoa humana, em si, não é um direito fundamental, mas sim um atributo inerente a todo ser humano.

Nesse sentido, maior atenção à dignidade da pessoa humana passou a ser verificada após o final da Segunda Guerra Mundial, com o intuito de deixar que as pessoas fossem tratadas como mero objeto, tendo em vista que neste período muitos foram alvo de escravidão, tortura e experiências.

No Brasil, não foi diferente, e, como decorrência desses fatos e a preocupação com a dignidade da pessoa humana consagrada na constituição se reconheceu que a pessoa não é "simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o individuo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, uma vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado" (MORAIS, 2017, p. 135).

Tal pensamento vai de encontro ao raciocínio de que o indivíduo deve ser respeitado em sua integridade física e moral por parte do Estado, a qual cabe à proteção dos cidadãos. A pessoa torna-se cada vez mais importante e devera observar limites para as ações por parte dos agentes estatais, em especial os agentes de segurança pública.

O governo brasileiro é signatário de respeitáveis declarações e tratados internacionais de amparo aos direitos das pessoas, podendo mencionar como modelo a proteção Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção contra a Tortura e outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984), o Pacto de San José da Costa Rica (1969) e o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) que está em vigor no Brasil desde 1996.

Diante o exposto, verifica-se que a segurança, direito e garantia fundamental preconizada no artigo 5º da Constituição atual, possui estreita relação com os Direitos Humanos. É interessante enfatizar a existência de relação entre estes princípios vez que o Estado, por meio de seus órgãos de apoio, em especial a Polícia Militar e Civil, busca a preservação da ordem pública e bem estar da sociedade, carecendo para tanto, examinar e acatar os direitos do cidadão, em meio a eles a vida.

5. ABORDAGEM POLICIAL DIANTE DOS DIREITOS HUMANOS

Apesar de, infelizmente, não existirem dados concretos sobre o número de abordagens policiais inconstitucionais que ocorrem no Brasil todos os dias, tendo em vista o medo de represália das vítimas, é sabido que estas ocorrem com grande frequência, na maioria das vezes dentro de periferias, onde a impunidade pelos atos abusivos se torna muito maior (MAGALHÃES, 2018).

Apesar da ausência de números concretos sobre este assunto, não é difícil verificar que tais atos são extremamente regulares na sociedade brasileira. Os casos diários que chegam aos ouvidos da sociedade de abordagens policiais abusivas são assustadores e apesar das diversas previsões legais em proibição destes atos, verifica-se que tais atos continuam recorrentes devido à falta de fiscalização e punição de agentes que realizam tais atos em descumprimento da legislação pátria (MAGALHÃES, 2018).

Os atos praticados pelos policiais em abordagens quando se excedem na sua finalidade traz de imediato um flagrante de violação aos Direitos Humanos. Nesse sentido, algumas ações que os policias fazem durante uma abordagem vai à contramão dos preceitos trazidos pelos Direitos Humanos. A título de exemplo, cita-se:

> [...] há um liame que diferencia a abordagem legal, da abordagem ilegal, quando ocorre utilização indevida, por despreparo de alguns policiais, ou quando, dolosamente, marginais transvestidos de Estado se utilizam desse recurso legitimado pela sociedade para exercer condutas criminosas, depreciando a dignidade e os direitos individuais do homem e marginalizando um instrumento de disseminação da segurança, com o intuito de satisfazer seus sadismos, ou propagar a violência gratuita, através de agressões, abusos e humilhações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> físicas e morais, além de outras condutas inaceitáveis (CORREIRA, 2016, p. 02).

Com isso, nos poucos dados existentes sobre esse tema no Brasil, em todos eles apontam que as questões raciais, econômicas e de escolaridade como razões para que a abordagem policial seja imediata e truculenta. Perfis de indivíduos considerados negros, pobres e de baixa escolaridade, são mais vulneráveis a sofrerem uma abordagem policial do que em outros perfis.

Anunciação; Trad; Ferreira (2020, p. 02) explicam que essas razões se configuram no processo de filtragem racial ou *racial profiling*, termo empregado notadamente nos Estados Unidos para descrever as "práticas racialmente tendenciosas de identificação de suspeitos ou, mais especificamente, o fato de a cor da pele ser um fator determinante na decisão da abordagem policial". Cabe enfatizar que estar-se tratando de uma forma de violência perpetrada pela polícia, um fenômeno pouco explorado no Brasil, e que tem tido como alvo preferencial a juventude negra da periferia urbana do país.

De todo modo, ao discutir essa temática, fica evidente observar na bibliografia pesquisada que a fundada suspeita, mecanismo que precede o ato de abordagem, compõe-se de duas dimensões interdependentes: a técnica-operacional, que corresponde à norma institucionalizada e que, em princípio, pauta-se em critérios objetivos; e a discricionária, que depende, claramente, do julgamento dos agentes e, portanto, tem um caráter mais subjetivo. Em uma sociedade democrática, na qual prevalece o Estado de direito, é de se esperar que a primeira dimensão prevaleça na fundamentação de suspeição. Não obstante, constatou-se que a dimensão discricionária, que reflete representações sociais, crenças e valores morais predominantes na sociedade, tem um papel decisivo na construção do perfil de suspeição (ALMEIDA, 2018).

Por conta disso, é nítido constatar que é majoritário um determinado grupo com mesmo perfil seja mais suscetível a abordagens truculentas da polícia. No geral são grupos formados por jovens negros (as) e pardo (as), pobres e com baixa escolaridade, além de muitos não possuírem emprego. Com isso, fica evidente que há uma segregação racial e econômica presentes na estrutura e dinâmicas relacionais da sociedade brasileira, assim como sua negação e/ou certa naturalização, influenciam a "tomada de decisão" e o modo de atuar da polícia frente à esses grupos.

Para melhor entendimento sobre esse contexto, a título de exemplo, cita-se nesse estudo o caso do Estado do Tocantins. Primeiramente é necessário citar que no Tocantins, no que diz respeito ao trabalho da polícia, encontra-se o Manual do Procedimento Operacional Padrão (POP) institucionalizado em 2015. Em seu prefácio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

deixa claro que este é um documento que objetiva reunir roteiros padronizados onde se busca amparar a atuação do policial militar e efetivar a excelência nos serviços prestados na instituição (BRASIL, 2015).

Numa abordagem policial, principalmente quando há o transporte de um infrator, é necessário que estes profissionais estejam atentos a integridade física e moral do mesmo. É importante ressaltar que a Lei nº 2.578/2012 que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado do Tocantins na seção II que discorre sobre a ética militar, em seu artigo 33 traz o seguinte texto:

> Art. 33. O sentimento do dever, o denodo militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes da Corporação, condutas moral e profissional irrepreensíveis, com a fiel observância dos seguintes preceitos e deveres da ética militar:
>
> (...)
>
> III - respeitar a dignidade da pessoa humana;
>
> XXXVI- respeitar a integridade física, moral e psíquica da pessoa do condenado ou do criminalmente imputado;
>
> XXXIX- agir com isenção, equidade e absoluto respeito pelo ser humano, não usando sua autoridade pública para a prática de arbitrariedades; (BRASIL, 2012)

Com base nesse texto legislativo, aponta-se que os policiais militares tocantinenses devem, sobretudo, respeitarem a integridade física do indivíduo, em conformidade com a sua dignidade. Caso contrário, responderão às sanções impostas por essa Lei.

No art. 46 da retro norma, trazem o rol das transgressões de natureza grave e em seu inciso XIV traz o seguinte texto: "usar de força desnecessária ou de violência física ou verbal, em ato de serviço ou não, maltratando, humilhando, constrangendo ou infamando qualquer pessoa, ou deixar que alguém o faça" (BRASIL, 2012).

Na prática, assim como em outros estados da Federação, o Tocantins também possui casos de abuso na abordagem policial. Em jurisprudência pesquisada, encontrou-se o seguinte caso:

> REEXAME NECESSÁRIO. **ESTADO DO TOCANTIN**S. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA. POLICIAL MILITAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA**. ATO ILÍCITO CONFIGURADO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> EXCESSOS COMETIDOS EM ABORDAGEM POLICIAL. AUTOR ATINGIDO POR QUATRO DISPAROS DE ARMA DE FOGO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 1. **O Estado do Tocantins tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros**, no termo do § 6º do art. 37 da CF. 2. O Estado demandado apenas se desonera do dever de indenizar caso comprove ausência de nexo casual, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, ou fato exclusivo de terceiro. 3. É fato incontroverso da lide, na forma do art. 334, II, do CPC, o incidente envolvendo o policial militar Edimar e o demandante, o qual foi atingido, injustificadamente, por quatro disparos de arma de fogo, fatos estes corroborados pela prova oral e documental colhida em Juízo. 4. **As lesões decorrentes dos disparos de arma de fogo restaram devidamente comprovadas nos laudos insertos aos autos**. Do mesmo modo, o próprio policial em seu depoimento pessoal admitiu ter atirado contra o demandante. 5. No caso em exame, restou devidamente configurada responsabilidade do ente público. Presente nos autos, **a conduta ilícita do policial que provocou as graves lesões corporais do demandante**. Da indenização por danos morais. 6. Reconhecida a responsabilidade do Estado e do policial militar pelo evento danoso, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, como o prejuízo imaterial ocasionado, decorrente da dor e sofrimento da parte autora, em razão das lesões corporais sofridas. [...] (Reexame necessário nº 7003157806, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 28/10/2009).

No caso concreto acima mostrado ficou evidente o excesso de abordagem policial, chegando ao ponto de ter tido danos físicos à vítima. Outro ponto elucidado nesse julgado e importante destacar é a responsabilidade quando configurada excesso de abuso na abordagem policial. Como bem frisou o Magistrado, *in casu*, a responsabilidade objetiva é do Estado e a subjetiva do policial militar.

Buscando mudar a realidade encontrada nas abordagens policiais, o Estado do Tocantins tem tido como medida preventiva, a educação. Assim, o Estado tem realizados cursos educativos que mostrem as ações corretas a serem realizadas pelos policiais. Tão importante ter essas ações reguladas em lei é enfatizá-las na prática.

Nesse sentido, como exemplo, em 2019 a Superintendência de Administração do Sistema Penitenciário e Prisional do Estado do Tocantins (Sispen/TO), por meio da Escola de Gestão Penitenciária (Esgepen), realizou o Curso de Abordagem Policial. Os servidores selecionados por meio de edital participaram de três dias treinamento, que foram divididos entre aulas práticas e teóricas, realizadas na Esgepen, no Comando Geral da Policia Militar (QCG) e no Clube de Tiro e Caça do Cerrado (CTCC). (MORAES, 2019)

Para realização do curso, a Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju) contou com apoio da Policia Militar do Tocantins, que disponibilizou servidores da Companhia Independente de Operações Especiais (COE) para ministrarem as aulas. De acordo com Moraes (2019, p. 03) "é essencial sempre elevar o conhecimento técnico dos profissionais que atuam na segurança pública. [...] é preciso focar nas bases, nos fundamentos de instrução tática individual, pois são essenciais para engrandecer as técnicas de abordagem e evitar o uso de força física".

Com a medida supracitada pelo Estado do Tocantins, abre-se caminho para que as abordagens policiais que tanto desrespeitam os Direitos Humanos sejam cada vez mais raras. Além disso, é necessário que o Poder Executivo e o Judiciário sejam extremamente vigilantes, em cumprimento à legislação, a situações como estas em que indivíduos de bem são, quase que diariamente, submetidos a situações de completo terror e submissão, onde temem por suas vidas, de seus parentes e amigos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema envolvendo a violência é desde muito tempo recorrente. Diversos tipos de violência são praticados diariamente na sociedade e no espaço ambiental brasileiro todos os dias. Para delimitar esse tema, escolheu-se discutir um dos tipos mais comuns na sociedade: a violência policial. A violência praticada por esses profissionais se configuram principalmente na abordagem policial.

Inúmeros casos têm sido expostos pela mídia e pela sociedade em geral onde mostra a agressividade das abordagens policiais nos espaços urbanos. Muitas dessas agressões são traduzidas em forma de chutes, murros, tapas no rosto e/ou de maneira verbal. Frente a essa realidade, discutir sobre essa ação se tornou relevante.

Tão importante quanto analisar as formas de violência policial nas abordagens, é estabelecer as causas que levam a essas atitudes e principalmente ao público ao qual se destinam. Como mostrado no decorrer desse estudo, pode-se pensar que qualquer indivíduo pode ser vítima de uma abordagem policial mais agressiva. De fato é verdade, no entanto, dados estatísticos mostram que em alguns grupos de pessoas estão indivíduos que são mais suscetíveis de se tornarem vítimas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As estatísticas disponíveis no Brasil sugerem que os critérios de suspeição aliam, ao lado da identidade racial, outros marcadores discriminatórios, como pertença de classe social ou territorial, bem como o perfil etário. Neste cenário, jovens negros, pobres e moradores de áreas favelizadas se encontram entre os grupos mais vulneráveis às ditas práticas.

Frente a esse contexto, fica claro o flagrante de desrespeito aos Direitos Humanos. Não se questiona o trabalho policial quanto a sua competência e objetivo no garantismo à segurança pública. A questão discutida durante a presente pesquisa é em relação à maneira como o trabalho policial, principalmente na sua abordagem, é realizada.

Ficou claro observar nos casos apresentados, que a polícia possui forte tendência a criminalizar erroneamente determinados "tipos" de cidadãos, como os citados acima. A abordagem policial para essa parcela da sociedade é cruel e desumana, afrontando a liberdade e dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais na norma jurídica brasileira.

Diante de todo o exposto, é nítido dispor o quanto os Direitos Humanos são desrespeitados pelas abordagens policiais nas ruas e rodovias brasileiras. As cartilhas encontradas que regulam o exercício dos policiais na prática não são eficazes, haja vista que ainda é possível encontrar casos de violência excedida por esses profissionais.

Pelo cenário encontrado, uma das principais medidas ao qual esse estudo se baseia seria a aplicação mais enfática de medidas educacionais e de conscientização a esses profissionais, para que tenham consciência e não apenas o entendimento, sobre os limites de sua abordagem.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, S. L. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ANUNCIAÇÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim; FERREIRA, Tiago. **"Mão na cabeça!": abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste**. Saude soc., São Paulo, v. 29, n. 1, e190271, 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.578, de 20 de abril de 2012**. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares e Bombeiros Militares do Estado do Tocantins, e adota outras providências. Disponível em: <https://central3.to.gov.br/arquivo/269664/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Polícia Militar Do Estado Do Tocantins. **Manual do Procedimento Operacional Padrão**. Palmas: [s.n], 2015.

CAROLINE, S. **Aspectos legais da abordagem policial**. 2020. Disponível em: <https://www.pm.go.gov.br/noticias/aspectos-legais-da-abordagem-policial>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CARVALHO, Yuri Mariano. **Do velho ao novo: a revisão de literatura como método de fazer ciência**. Rev. Thema. v. 16 n. 4. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos.** 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CORREIRA, Lauro Chamma. **Busca pessoal e abordagem policial tem previsão legal?** 2016. Disponível em: <https://laurochammacorreia.jusbrasil.com.br/artigos/388119560/busca-pessoal-e-abordagem-policial-tem-previsao-legal>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Processo penal: doutrina e prática**. São Paulo: JusPodivm, 2016.

GAECO (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado). Ministério Público do Estado do Paraná. **Orientações**. 2020. Disponível em: <http://gaeco.mppr.mp.br/pagina-61.html>. Acesso em: 25 mar. 2021.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, Mariana Cardoso. **As abordagens policiais inapropriadas e o desrespeito aos direitos fundamentais e individuais**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/283156/as-abordagens-policiaisinapropriadas-e-o-desrespeito-aos-direitos-fundamentais-e-individuais>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Tadeu Franklin Barbosa de. **Agentes que atuam nas centrais de monitoramento iniciam curso de abordagem policial**. 2019. Disponível em: <https://cidadaniaejustica.to.gov.br/noticia/2019/6/3/agentes-que-atuam-nascentrais-de-monitoramento-iniciam-curso-de-abordagem-policial/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

NETO, Paulo Mesquita Neto. **Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle**. Cidadania, Justiça e Violência. 2017. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Viol%C3%AAncia%20Policial%20no%20Brasil%20(2).pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

ONU. **Organização das Nações Unidas** – Declaração Universal dos Direitos do Homem - DUDH. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PEREIRA, Sérgio Henrique da Silva. **Abordagem policial e direitos humanos**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60337/abordagem-policial-e-direitos-humanos>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ROSA, A. M. da. **Guia Compacto do processo penal conforme teoria dos jogos**. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANCHEZ, Diego Moscoso. **A fundada suspeita como pressuposto de legalidade na abordagem policial**. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitoconstitucional/afundadasuspeitacomo-pressuposto-de-legalidade-na-abordagem-policial/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASSASSINO EM SÉRIE E A IMPUTABILIDADE: UMA VISÃO ACERCA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

VALERIA BATISTA DE CASTRO SOUZA: bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

CARLA ALEXANDRA BUZAR MACHADO PAZ DA SILVA[67]

(coautora)

ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO[68]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa, tem como finalidade trazer abordagem acerca da imputabilidade do assassino em série, com base na bibliografia jurídica e no ordenamento penal brasileiro, levando em consideração a faculdade mental dos assassinos em séries, com o seguinte questionamento: Como são aplicadas as medidas de segurança e as sanções penais, tendo em face a legislação brasileira? Analisando o assassino em série e sua imputabilidade, com uma visão acerca da legislação brasileira, revisando o código penal acerca da imputabilidade, explorando a psicologia jurídica no que tange aos transtornos de personalidade do assassino em série, é importante destacar que a presente pesquisa é de grande relevância, pois envolve indivíduos que estão ligados diretamente à sociedade, visto que no meio social está a atuação do assassino em série. A pesquisa faz uso de uma pesquisa bibliográfica terá como base fontes materiais acadêmicas, como livros, monografias e artigos, bem como leis e jurisprudência, com método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Assassino em Série, Imputabilidade, Medidas de Segurança, Transtorno de Personalidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to bring an approach about the imputability of the serial killer, based on the legal bibliography and the Brazilian criminal order, taking into account the mental ability of the serial killers, with the following question: How are the security measures and criminal sanctions, given the Brazilian legislation? Analyzing the serial killer and his imputability, with a view on Brazilian law, reviewing the penal code on imputability, exploring legal psychology with respect to the

67 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

68 Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestra em Letras pela Universidade Federal do Piauí.

personality disorders of the serial killer, it is important to highlight that the present research is of great relevance, because it involves individuals who are directly linked to society, since in the social environment is the performance of the serial killer. The research uses a bibliographic search based on academic material sources, such as books, monographs and articles, as well as laws and jurisprudence, with a deductive approach method.

Keywords: Serial Killer, Imputability, Security Measures, Personality Disorder.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Assassino em Série. 1.1 Conceito. 1.2 Características. 2.3 Transtorno de Personalidade e Transtorno. 1.4 Psicopata e o Assassino em Série. 1.5 Modus Operandi. 2. Imputabilidade do Assassino em Série. 2.1 Da Imputabilidade. 2.2 Projeto de Lei 140/10. 3 Medida de Segurança. 4. Ressocialização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, tem como finalidade fazer abordagem acerca da imputabilidade do assassino em série, e sua responsabilidade quanto aos crimes já cometidos, buscando inicialmente entender a motivação para seus atos cruéis, de que forma é vista pela sociedade contemporânea, e como o ordenamento jurídico pátrio decide de forma a resguardar a integridade e os direitos que são conferidos ao assassino em série, depois do cumprimento de sua pena, a respeito do tema temos vários questionamentos a ser discutidos.

Como aconteceu o processo de sentença e/ou execução dos casos, já vistos no Brasil? Qual o raciocínio e discernimento dessas pessoas que matam em série? O ideal seria a prisão ou tratamento? Qual a importância de analisar o *modus operandi* nos atos criminosos do assassino em série?

O tema em questão é bastante polêmico, visto que, no decorrer dos anos, inúmeros casos repercutiram no Brasil e no mundo, de forma inacreditável e alarmante, onde a sociedade acreditou que os assassinatos em série seria algo incomum, distante da nossa realidade, o que não é verdade. Diante de inúmeros casos ocorridos, ao analisar o perfil do assassino, foi constado que, via de regra são aparentemente pessoas com postura normal, atraentes, e de extrema inteligência, o que não gera inicialmente nenhuma desconfiança na forma comportamental do indivíduo. (CASOY, 2004).

Cumpre ressaltar que em outros países do mundo, já houveram diversos casos de assassinatos em série, geralmente os condenados têm penas bem severas, em que dependendo do caso, a sentença do assassino é a pena de morte, como o caso do

assassino em série **Anthony Sowell que foi condenado a morte nos EUA no início de 2021, porém morreu na prisão de causas naturais antes que fosse executado, outro caso recente é o caso de** Takahiro Shiraishi que foi condenado a pena de morte em dezembro de 2020 pelo Tribunal Distrital de Tóquio pelo homicídio de nove vítimas, o condenado confessou o crime.

Sobre isso, é relevante esclarecer que, em nosso ordenamento jurídico pátrio, é vedado, esse tipo de pena, pois a carta magna versa sobre os direitos e garantias fundamentais, assim como o princípio da humanidade e da dignidade da pessoa humana. Com base nisso temos que, o poder punitivo do Estado, não poder aplicar sanções que lesionem o corpo e a mente dos condenados. Logo, o assassino em série tem como pena, seguindo com base na legislação brasileira, a prisão ou um tratamento médico com internação em hospitais de custodia, a depender do caso concreto.

Portanto, importa dizer que o estudo dessa temática que envolve o assassino em série é de extrema importância, visto que se trata de casos envolvendo indivíduos cruéis que podem ter problemas psicológicos, e que serão julgados levando em consideração sua saúde mental.

Quanto aos objetivos deste trabalho, temos como geral a análise da imputabilidade do assassino em série, com uma visão acerca da legislação brasileira, e como objetivo específico, revisar o código penal acerca da imputabilidade do assassino em série, analisando o projeto de lei 140/10, mostrando a constitucionalidade do projeto de lei e as disposições que tratam do assassino em série; Explorar a psicologia jurídica no que tange aos transtornos de personalidade do Assassino em Série, desvendando suas ações e reações, como a sociedade se comporta frente aos atos e distúrbios desses assassinos em série; Analisar jurisprudência a cerca da imputabilidade do assassino em série.

Em relação a metodologia, foi feito uso do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica à luz do Código Penal Brasileiro, da doutrina e jurisprudência, na medida em que se empregou o uso de materiais bibliográficos, leis, doutrinas e artigos, abordando o tema de forma esclarecedora.

1 ASSASSINO EM SÉRIE

1.1 Conceito.

O assassino em série é um indivíduo que pode ou não ter distúrbios mentais, matam por prazer, tem fantasias, muitas vezes, uma motivação específica ou causada por um fato do passado, cometem vários homicídios, mas em um determinado espaço de tempo entre as mortes, podendo ou não ter um *modus operandi* específico, e seguem sua vida como uma pessoa normal no meio social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O assassino em série é aquele que mata mais de duas pessoas em um período de resfriamento entre as mortes, sendo que os crimes são feitos em locais diferentes, ou podendo ainda ter um local específico no qual atrai as vítimas. Após, praticado os crimes esse indivíduo volta com sua vida normal, com uma extrema satisfação e realização, como se nada tive acontecido. (SILVA, 2019).

A pessoa que pratica assassinatos em série, suas ações acontecem, dentro de um lapso temporal, podendo variar entre dias, meses ou até anos. Ele pratica esses crimes em intervalos de tempo. A diferença entre um assassino em série e um assassino comum não se trata apenas do número de mortes causadas. O motivo para um cometimento de um crime ou a falta desse motivo, tem grande importância para definir quando se trata de um assassino em série. (PAIVA, 2016).

Vale lembrar que esses indivíduos tem alguns aspectos em comum, tanto em relação ao passado, à sua infância, quanto em relação ao presente seu comportamento. Não é possível prever exatamente como uma criança se comportará quando adulta, embora diante disso, na tentativa de identificar as causas básicas do assassino em série, estudiosos buscam na infância as respostas para os atos na vida adulta.

1.2 Características do assassino em série.

O assassino em série, pode ser do sexo feminino ou masculino, aparentemente é uma pessoa normal, que vive bem na sociedade, porém não são todos que são sociáveis, existem aqueles que são mais isolados e não gostam de interagir no meio social, muitos deles se destacam pelo fato de serem atraentes, inteligentes, chamam atenção por qualidades que demostram ter na imagem que constroem perante a sociedade, por outro lado também se mostram as suas vítimas pessoas de má conduta, violentos, incapazes de sentir compaixão, misericórdia pela vítima e são satisfeitos por estupro, tortura e sentem prazer na morte da vítima. Diante disso esses indivíduos vivem basicamente uma vida dupla.

Os assassinos em série possuem elevado grau de inteligência, normalmente são indivíduos respeitados na sociedade, bem sucedidos, atraentes. Apresentam uma personalidade anormal, com distorção de caráter. Eles têm prazer no que fazem, sentem necessidade de matar, de ter uma certa dominação sobre suas vítimas. Não sentem misericórdia pelas suas vítimas nem remorso pelo crime cometido. (PAIVA, 2016).

De acordo com o autor supracitado, Paiva (2016). Algumas coisas que aconteceram na infância de uma pessoa, podem contribuir para que essa pessoa se torne um assassino em série, como, infância negligenciada, violência sexual precoce,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

inabilidade escolar, sem norte, sem "casa" e sem um agente disciplinador, outras características que também estão presentes na infância destes criminosos são a masturbação compulsiva, baixa autoestima, isolamento social, crises de raiva sem motivo, humilhação pública por parte dos pais ou de colegas na escola.

Por conseguinte, todas as características da personalidade de uma pessoa são flexíveis e adaptáveis, podendo, como por exemplo, uma pessoa com traços de ansiedade conseguir diminuí-la com tratamento. Todavia, quando essas características se tornam inflexíveis, desadaptáveis e por consequência comprometem o desempenho do indivíduo, elas podem manifestar-se como transtorno de personalidade. (CAMPOS, 2016).

Deste modo vemos que com um tratamento determinado a depender do caso, podem se amenizar a situação crítica que assolam o dia a dia desses indivíduos, como veremos mais a frente desse estudo, evitando algo maior que tome maior proporção no decorrer do tempo.

1.3 Transtorno de personalidade e transtorno psicopático

Inicialmente temos que a personalidade está relacionada diretamente com o caráter, com a sua maneira de agir, com a forma de encarar suas emoções e o seu comportamento. Ao falarmos em transtorno de personalidade, temos que ocorre nesse indivíduo uma forma distinta no seu modo de conviver e de se relacionar com a sociedade, pois com o passar dos anos, gerando uma espécie de perturbação mental, podendo de tal forma sofrer alterações ou desequilíbrios de acordo com a sua vivencia e o meio em que se está inserido na sociedade.

Por conseguinte, temos que o transtorno psicopático está mais voltado para um transtorno de personalidade, onde o psicopata não apresenta ter uma mente doente, e, por conseguinte não são considerados loucos, demostrando ter caráter duvidoso no seu jeito frio e calculista, sem que venha sentir angústia ou arrependimento mesmo após cometer crimes ou algum outro mal praticado.

Estes transtornos são considerados como um grupo de doenças psiquiátricas em que os traços emocionais e comportamentais são muito inflexíveis e mal ajustados, ou seja, trazem alterações, mudanças, variações, que causam um desajustamento mental na pessoa. Esses distúrbios podem comprometer gravemente a qualidade de vida do assassino em série, que sente uma enorme dificuldade em adaptar-se a determinadas situações e que, por isso, traz sofrimento e incômodo a ele próprio e aos que estão por perto. (CAMPOS, 2016).

Conforme SILVA (2010, p. 40):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. Eles são incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros "predadores sociais", em cujas veias e artérias corre um sangue gélido.

Para uma melhor percepção e distinção dos termos acima supracitado, faz-se necessário distinguir caso a caso, com ajuda de uma perícia médica, pois dessa maneira será averiguada o nível de culpabilidade do assassino em série e tão logo a sansão correspondente, conforme será aprofundado mais adiante.

1.4 Psicopata e o assassino em série

A sociedade tende a pensar e acreditar que todo assassino em série é um psicopata, ou que todo psicopata é um assassino em série, porém não é bem assim, vemos que um psicopata não necessariamente se torna um criminoso, ou pratica atos criminosos, muitos dos psicopatas não são pessoas frias ou assassinos psicóticos, a maioria deles vive com sucesso, usando seus traços de personalidade para obter o que querem na vida, muitas vezes à custa dos outros, alguns são fanáticos por determinada coisa, a ponto de ficar violento, mais de forma até involuntária. Quanto ao assassino em série pode haver casos em que o criminoso, não tem nenhum tipo de problema psicótico, mais por puro prazer pessoal pratica atos criminosos.

Não se deve menosprezar a inteligência do assassino em série, pois, os mesmos sabem ser compreensivos, atenciosos, com os que estão ao seu redor, são donos de uma inteligência e carisma superficial que facilmente faça com que os outros acreditem em sua falsa bondade, por isso, devem permanecer presos, longe do convívio social. (MOURA, 2017).

Desse modo, pode se observar que o assassino em série pode não ser um psicopata, mas tem distúrbio mental de forma leve ou grave, e que há a necessidade de submetê-los a um tratamento ou sanção correspondente ao crime.

1.5 *Modus operandi*

O *modus operandi* é uma forma de identidade do autor do crime, algo que o assassino em série usa da mesma forma em todos os seus assassinatos. Existem muitos tipos de *modus operandi* podendo ser um jeito de deixar o corpo da vítima,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ou algum objeto sobre o corpo, ou alguma marca, de modo que seja identificado em todos os casos a mesma assinatura. Porém não significa que todos os assassinos em série tem um *modus operandi* específico, podendo ele mudar sua forma de agir de acordo com os homicídios cometidos. Esse modo é usado muitas vezes para chamar atenção da mídia, da população ou até mesmo como concretização de uma fantasia, podendo ainda posteriormente ser mudado para despistar a polícia ou por está entediado daquela maneira de agir.

> A seriação, ou serialidade, nos assassinos em série pode ser vista de modos diferentes. Seja na forma de matar a vítima (enforcamento, facadas, tortura, etc.), seja nas características destas (prostitutas, homossexuais, donas de casa, loiras, morenas, etc.), ou ainda com o mesmo instrumento (a mesma faca, o mesmo tipo de corda), ou a assinatura (alguma "pista" deixada na cena do crime, por exemplo), etc. Ou até em todas essas formas juntas. (MOURA, 2017, p. 6).

Também inclui limpar a cena de crime, disfarce da voz, planejamento, rota de fuga, remover evidências, dentre outros. Com o tempo sem modo de agir, *"modus operandi"* é aperfeiçoado, conforme vão dando certo, caso contrário é mudado e não mais repetidos, não farão algo que possa comprometer seus planos e atos, pois fazem tudo para não ser descoberto.

2 IMPUTABILIDADE DO ASSASSINO EM SÉRIE

2.1 Da imputabilidade

No ordenamento jurídico brasileiro, em específico o código penal brasileiro, traz em sua redação, regulamentações acerca do imputável, inimputável, e semi-imputável, em relação aos imputáveis diz que são inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, de entender totalmente seus atos, de saber o que realmente está fazendo, são responsáveis por seus atos, tendo total entendimento.

Quanto aos inimputáveis de acordo com o caput do artigo 26 do código penal que diz:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os inimputáveis são isentos de pena, visto que sofrem algum tipo de insuficiência de entendimento, são incapazes de entender o caráter ilícito do fato, sendo assim um indivíduo que sofre de doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, lembrando que a inimputabilidade é uma exceção à imputabilidade que é a regra, portanto a inimputabilidade precisa ser provada por médicos especialistas.

No parágrafo único do Artigo 26, parágrafo único do Código Penal, fala da semi-imputabilidade, caso em que a pena será diminuída de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entende o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Desse modo de acordo com o parágrafo único o semi-imputável responde pelos atos ilícitos praticados, porém de maneira reduzida, tendo assim sua pena diminuída, pelo fato de não ter sua capacidade mental plena, completa de maneira que entenda tudo que pratica. "Para a conceituação de crime, a capacidade é gênero do qual a imputabilidade é espécie, haja vista a amplitude do termo capacidade que abarca. Sendo assim pode-se definir a imputabilidade como capacidade penal para prática delituosa". (TEMER, 2019, p. 11).

Para avaliação da imputabilidade penal são utilizados três critérios básicos, que é o critério psicológico, biológico puro e o adotado pelo sistema penal brasileiro que é o misto, também conhecido como biopsicológico. No critério psicológico a inimputabilidade é verificada quando o crime está sendo cometido, agindo sem consciência da realidade, na cabeça dele, está uma coisa totalmente fictícia, ver algo que não existe de fato, mas que o leva ao cometimento do crime, já no critério biológico está associado aos doentes mentais com discernimento incompleto ou retardado, tendo a ausência de uma maturidade psicológica para compreender as regras da civilização, e o adotado pelo sistema penal brasileiro, biopsicológico a inimputabilidade vai ser definida com base nos dois critérios anteriores, fazendo a junção do biológico com o psicológico, avaliando o entendimento da pessoa no momento do cometimento do crime, que está relacionado a uma série de fatores.

De acordo com o autor supracitado Temer (2019), não há que se confundir imputabilidade com dolo. Como bem estudado, dolo nada mais é que o elemento subjetivo do tipo, que consiste na soma do elemento cognitivo com o elemento volitivo do agente. A imputabilidade nada mais é do que a capacidade de controle da vontade constante no dolo. Retardado mental que ceifa a vida alheia pode agir com dolo, porém está desprovido de imputabilidade, isto porque não possuía controle sobre a sua vontade.

Capez (2013) conceitua a imputabilidade como sendo a capacidade de entendimento do agente do caráter ilícito do ato por ele praticado de forma livre. Desta

forma, a imputabilidade apresenta dois aspectos: intelectivo, capacidade de entendimento e volitivo, capacidade de controlar e comandar a própria vontade.

Em se tratando de assassino em série, mesmo que ele seja diagnosticado com um quadro de psicopatia ou com conduta antissocial, não é um sujeito totalmente inimputável. Isso porque, geralmente há, por parte desses sujeitos, condições de responder, parcial ou totalmente, por seus atos ilícitos. (FELICIANO *et al.,*2015).

Conclui-se que é imputável aquele que tem a capacidade de compreender a ilicitude do ato cometido, sendo o sujeito totalmente desenvolvido e mentalmente são. A imputabilidade se distancia da responsabilidade penal, que indica o dever de um sujeito de arcar com as decorrências de seu ato. Já a inimputabilidade traduz-se nas causas de exclusão da imputabilidade. Ela, ora conceituada no artigo 26 do Código Penal anteriormente registrado, reside na incapacidade de apreciação da antijuridicidade. (GOUVEIA *et al.,*2017).

A imputabilidade será aferida mediante investigação do crime, o indivíduo será levado para realização de exames, que em regra são dois no primeiro momento, exame de sanidade mental que vai avaliar se tem a existência de um transtorno, se tiver, qual o tipo desse transtorno, o nexo de causalidade desse transtorno com o delito cometido e as capacidades de entendimento e autodeterminação, e a perícia de cessação de periculosidade, que poderá ser feita anualmente, por determinação judicial ou ao fim da medida de segurança. Desta forma a depender do indivíduo, de sua sanidade mental, do caso, de sua forma de agir, pode ser ele responsabilizado parcial ou totalmente por seus atos delituosos, ou ainda não ser responsabilizado pelos seus atos, que é o caso do inimputável.

A exemplo, podemos mencionar o caso de Francisco de Assis Pereira conhecido como " Maníaco do Parque" acusado de estuprar e matar, ao menos, sete mulheres, além de ter tentado assassinar outras nove, no ano de 1998, sendo confessado apenas 11 assassinatos, onde a soma das penas de todos os crimes foi calculada em 268 anos de prisão, no entanto, existe uma expectativa de que ele seja solto até em 2028, já que a pena máxima não pode ultrapassar os 30 anos de prisão. Além deste caso, temos um outro mais recente que versa sobre Tiago Henrique Gomes da Costa, conhecido como " Maníaco de Goiânia", que ao ser preso confessou ter assassinado 39 pessoas, a maioria mulheres, entre os anos de 2011 e 2014, na cidade de Goiânia – Goiás.

Mesmo este sendo submetido a uma avaliação médica, feito por dois psiquiatras da junta médica do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, foi constado no laudo oficial que Tiago embora tenha sido diagnosticado como psicopata, ele seria responsável legalmente, sendo-lhe imputado os crimes que fora cometido e ser julgado por cada um destes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2 Projeto de lei 140/10

No Brasil o senador Romeu Tuma, propôs o projeto de lei nº 140/10, o referente projeto de lei continha uma proposta de alteração do Código Penal. Os casos de assassino em série no Brasil são julgados de acordo com o artigo 121 do Código Penal, considerando os assassinatos em série como uma forma de homicídio qualificado. O referente artigo do Código Penal que diz: "Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos" (BRASIL, 1940).

O projeto de lei traz alteração em relação ao artigo que regulamenta a situação do assassino em série, pois em sua redação trazia a alteração do código penal para considerar assassino em série o agente que comete três ou mais homicídios dolosos em determinado espaço de tempo, com um procedimento criminoso idêntico ou não, estabelecendo pena mínima de trinta anos de reclusão, em regime integralmente fechado, proibida a concessão de qualquer tipo de benefício penal, ainda com a elaboração de laudo pericial, unânime, de uma junta profissional integrada por dois psicólogos, dois psiquiatras e um especialista, com comprovada experiência no assunto.

Quando um assassino em série é julgado, seu caso é avaliado com base no artigo 121 do Código Penal, considerando-se os assassinatos em série como uma forma de homicídio qualificado. No entanto, devido aos recentes casos de assassinatos em série ocorridos no país, tem-se buscado modificações no vigente Código Penal para que haja uma melhor regulamentação das penas passíveis de aplicação ao assassino em série. (FELICIANO *et al.,*2015).

O referido projeto de lei foi arquivado em 2014, trazendo inclusive inconstitucionalidade em sua redação, no que diz respeito a pena mínima, que seria de trinta anos, o que tornaria impossível uma reintegração social desse indivíduo, pois a pena mínima é muito longa, no entanto é inegável que há a necessidade de uma nova regulamentação, de forma mais específica, destinada essencialmente para esses indivíduos, esses assassinos em série precisam ser julgados de forma especial, pois os assassinatos cometidos por eles vão muito além das tipificações previstas no atual Código Penal Brasileiro.

3 MEDIDAS DE SEGURANÇA

Para uma melhor conceituação temos que, a medida de segurança nada mais é que um tratamento concedido ao autor do delito com o intuito de amenizar os efeitos causados pelo agente portador da doença incurável, visando a torna-lo apto para viver em sociedade, com o então objetivo de não mais cometer crimes e assim retomar a

vida social. Portanto, uma medida de segurança não configura um tipo de pena, mas um tratamento para uma pessoa que está doente e cometeu um crime.

Nucci (2017, p. 653) conceitua medida de segurança como:

> [...] uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal,
>
> Inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.

Em suma a este primeiro ponto, podemos dizer que essa medida é aplicada a quem possui doença mental seja por motivo desenvolvimento retardado ou incompleto, onde o nosso ordenamento jurídico trata exatamente no que diz respeito aos inimputáveis.

Neste passo, para que seja feito à aplicação das medidas de segurança, a legislação brasileira adota algumas regras para os fatos cometidos, fazendo-se necessário a conduta do criminoso e de forma simultânea tenha a periculosidade do autor, entretanto não se faz necessário apenas a conduta de um ato descrito na norma como crime. Assevera ainda que há a manifestação da personalidade do agente, as circunstancias e os motivos dos fatos associadas à sua vida, sendo analisadas se o agente pode a partir disso, se tornar um assassino em série.

> CP, Art. 96. As medidas de segurança são:
>
> I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
>
> II - sujeição a tratamento ambulatorial.
>
> (...) (BRASIL, 1940)

Tecendo comentários no que diz respeito aos incisos I e II do artigo acima supracitado, temos que a primeira medida imposta está voltada à segurança detentiva do paciente internado, tão logo sendo obrigatório e destinados aqueles considerados inimputáveis ou na condição de semi-imputável que cometeram um delito sob pena de reclusão, mas fica facultado na possibilidade de o indivíduo ser imputável ou semi-imputável, na condição da pena imposta ser detenção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É de perceber que a diferença que trata o inciso I sobre internação em hospital de custodia e o tratamento psiquiátrico, está na obrigatoriedade ou na faculdade de tais medidas, justo nos tipos de modalidade de pena, sendo esta reclusão ou detenção.

Nos moldes do inciso II, que versa sobre tratamento ambulatorial, verificamos como direcionamento, os crimes de menor potencial ofensivo, visto que, dessa forma, o paciente não tem a privação da sua liberdade e o tratamento que lhe é repassado fica então estabelecido em dias marcados, para que haja o acompanhamento necessário durante o tempo de terapia prescrito pelo médico.

O Brasil é resistente em adotar novas medidas para aprimorar o adequado tratamento dos psicopatas, não se limitando apenas na edição de diplomas legislativos para tratar sobre o problema, avançando mais ainda na medicina e no direito para que inúmeros crimes sejam evitados, pelos mais variados casos brasileiros que intriga a cada dia a hodierna sociedade. (NETO, 2020).

Ainda de acordo com o autor supracitado as medidas de segurança, em regra, não tem prazo determinado, haja vista que deve ser levada em consideração a periculosidade do agente e, enquanto não cessar, as medidas vão continuar em vigor, para que assim ocorra a devida ressocialização e o retorno ao convívio social. De plano, constata-se a importância das medidas de segurança como forma de efetivação da justiça por meio da reintegração do agente do fato delituoso ao convívio social.

Portanto, é mister esclarecer que o Juiz, ao analisar o caso concreto, fica obrigado a definir qual a modalidade de tratamento será concedida ao sentenciado, sempre observando a natureza e gravidade do crime, para que só então as medidas necessárias sejam cumpridas, respeitando os prazos que traz o Art. 97, do Código Penal.

> ART.97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
>
> **§ 1º** - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> Perícia médica

> **§ 2º** - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> Desinternação ou liberação condicional
>
> **§ 3º** - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> **§ 4º** - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
>
> Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável. (BRASIL, 1940)

Cumpre ressaltar que, a medida de segurança, de acordo com artigo acima mencionado, ocorre em tempo indeterminado, e somente é alterado quando o juiz, mediante requerimento junto à perícia médica, faz análise minuciosa de cada caso concreto, para que seja observada o grau de periculosidade do respectivo indivíduo e se houve mudanças significativas no comportamento do criminoso, desde que teve sua sentença declarada.

Nesta oportunidade temos que através do exame pericial, podemos dividi-lo em dois tipos, são eles: a perícia de sanidade mental e o exame de periculosidade. A primeira trata da existência de dúvidas quanto ao acusado, no que tange se há ou não algum distúrbio mental, sendo algo que determina a responsabilidade penal do agente, sendo uma análise bastante minuciosa, para saber se no momento do delito, o agente tinha discernimento sobre seus atos. Já o segundo, é feito enquanto ocorre o cumprimento da medida de segurança.

Ademais, põe a lei um período mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, e caso seja notavelmente esgotado esse prazo, a perícia médica poderá ser solicitada pelo Juiz de execução a cada ano ou a qualquer momento.

Recentemente o TJ, no julgamento do AGEPN 10056130047055001, decidiu reafirmar todo teor que traz o rol art. 97, do Código Penal Brasileiro, conforme se vê abaixo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - MEDIDA DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DE INDULTO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. A teor do que dispõe o Código Penal, somente é possível o reconhecimento da extinção da medida de segurança ou a concessão do indulto, quando verificada, através de exame pericial, a cessação da periculosidade do agente.
>
> (TJ-MG - AGEPN: 10056130047055001 MG, Relator: Maurício Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 04/06/2020, Data de Publicação: 08/06/2020)

Portanto, mesmo que haja tempo indeterminado para a medida de segurança, não se deve aplicar a respectiva medida além do que está previsto na lei, como crime, ou seja, a pena abstrata não poderá ultrapassar nos limites definidos pelo ordenamento jurídico que é de 30 anos e isso se deve em consonância com as alguns princípios que versam sobre a dignidade da pessoa humana, tais como os princípios da legalidade e da proporcionalidade, visto que, não se pode deixar de cumprir a sua a sua real finalidade de cumprimento.

Vale ressaltar ainda que, dentre os inúmeros casos de assassinos em série que tiveram no Brasil, muitos obtiveram apenas como sanção punitiva, as penas restritivas e preventiva de liberdade, muitas vezes além do tempo máximo admitido em nosso ordenamento jurídico, com o objetivo exclusivamente de afastar o criminoso da sociedade para que se evitasse novos delitos em massa, no entanto, há uma exceção no que diz respeito ao caso de Francisco da Costa Rocha, conhecido nacionalmente como " Chico Picadinho" condenado por esquartejar duas mulheres nos anos de 1966 e 1976.

No tocante a este fato, temos que ele cumpriu a pena imposta em regime fechado, estudou e casou. Após ser posto em liberdade e ter cumprido pelo menos 08 anos da sua primeira condenação, Francisco cometeu o segundo homicídio alegando em sua defesa que sofria de insanidade mental, onde após ser examinado, foi considerado semi-imputável, por se tratar de portador de personalidade psicopática de tipo complexo.

Mesmo assim, o Conselho de Sentença condenou Francisco à pena de reclusão, e em seguida foi submetido a exame psiquiátrico detalhado, que acabou por gerar na instauração de incidente de sanidade mental e na remoção dele para a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, com o intuito de passar pelo tratamento médico oferecido. O Ministério Público, no entanto, decretou a interdição em estabelecimento

psiquiátrico de regime fechado. De acordo com exames, o diagnóstico demonstrou que ele haveria transtorno de personalidade inespecífica, e que apesar disso, a sua conduta é classificada como ótima pela direção da Casa de Custódia.

Neste passo, após ficar preso por mais de 40 anos, a juíza Sueli Zeraik de Oliveira Armani, da 1ª Vara de Execuções Criminais de Taubaté, estabeleceu em sua decisão, um prazo de 120 dias, para que Francisco deixasse a Penitenciária de Tremembé, no Vale do Paraíba, e que ele fosse transferido para uma unidade indicada pela Secretaria de Saúde Mental do governo de São Paulo, já que a permanência na unidade prisional seria em caráter cautelar e temporário, para realização de exames, até o encontro de um lugar próprio para o tratamento necessário, sendo acompanhados por psicólogos.

Em face as considerações aduzidas, temos que o sistema carcerário nem sempre será a solução para evitar novos crimes. Isso se dá pelo fato de que, mesmo que o ambiente prisional afaste o criminoso da sociedade, esse tipo de medida punitiva não dará a garantia de que o preso não voltará a cometer novos crimes, assim como não é o meio mais eficaz de cuidar e tratar aqueles que portam doença mental incurável. Assim como no caso em tela, é nítido que essa pena ficou indeterminada por 40 anos, por não haver imposição de pena ou aplicação de medida de segurança, ferindo o preceito constitucional que proíbe a prisão perpétua.

4 RESSOCIALIZAÇÃO

Á propósito as sanções penais aplicadas ao psicopata e ao assassino em série devem ser levadas em consideração no que versa ao tempo da prática do crime e como se dá o processo de evolução e ressocialização desses indivíduos, inserindo-os dentro da sociedade contemporânea, após o cumprimento de tais medidas, impostas ainda na fase do seu respectivo julgamento.

É importante salientar que a psicopatia, não tem cura, mas existe tratamento adequado para todos os graus de transtorno de personalidade que cada indivíduo tem, buscando melhorias físicas e mental, com objetivo inicial de não mais cometer crimes e tão logo viver em comunidade. Claro está, portanto, que manter um assassino em série preso, sem alguma expectativa de melhora, acabaria por gerar apenas, gastos públicos ao Estado, tornando-o mais violento em virtude do tempo de encarceramento.

É mister esclarecer que dentro do cenário jurídico brasileiro, sabemos que não existe pena eficiente e nenhuma tipificação específica para o assassino em série, pois a sua maneira de agir e cometer crimes tende a ser reincidente, de tal forma que, mesmo que a punição fosse no tempo máximo prevista em lei (30 anos), a vontade de cometer delitos, certamente iria aumentar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Basta olharmos para a situação carcerária no Brasil, onde presos que cometeram os mais variados tipos de crimes, se encontram em uma mesma ala, comportando o máximo de pessoas que o recomendado. A ideia é inicial não é apenas de punir, mas de proteger a sociedade para que este não venha a delinquir, mas sabemos que na grande maioria dos casos, isso não funciona, pois, o intuito de imediato é ressocializar e educar o preso, mas as condições oferecidas pelo Estado, dentro do sistema carcerário, são precárias, o que dificulta a ter melhorias por parte desse indivíduo.

Vale ressaltar ainda que, a prisão seria uma maneira de resguardar a integridade física da sociedade, pois a finalidade primária é, contudo, a de se manter a segurança de cada indivíduo no ambiente em que está inserido, logo a eficácia desse tipo de pena seria apenas de caráter punitivo. No entanto, seria necessário ainda que o assassino em série permanecesse em pena solitária integral, com a finalidade de evitar que novos delitos sejam cometidos entre os próprios companheiros de cela, pois caso não houvesse a devida separação entre eles, ocorreria uma contradição sobre os direitos humanos de cada cidadão.

É preciso que a sociedade amadureça para a ressocialização, não use a ignorância como argumento para justificar as empreitadas criminosas, em que ainda prevalece o sabor pelas penas cruéis, como se as mesmas resolvessem todo o problema do cárcere. Necessário é ainda despertar para que o governo possa dirimir esses conflitos com justiça e fazer com que o Brasil se adeque ao lado de outros países que tratam desse problema com responsabilidade social. (NETO, 2020).

Por fim, no caso do assassino em série, o ideal seria considerá-los como semi-imputável aplicando tão somente as medidas de segurança, com regime de internação em hospital psiquiátrico, para que estes possam receber o tratamento substitutivo adequado, ter uma melhor recuperação, um controle das suas condutas homicidas, fazendo com que ele não volte a cometer novos crimes, garantindo assim a reintegração do indivíduo na sociedade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no decorrer desse estudo, o objetivo central é conhecer um pouco sobre a dinâmica que versa sobre a mente do assassino em série, a perceptiva de como acontece os seus atos em determinados casos , juntamente com o *modus operandi*, além da maneira como esses crimes são praticados e a motivação que os levam a praticar esses delitos, podendo ser desenvolvido através de um trauma ou situações críticas que ocorreram na infância, que com o passar do tempo são transformados em distúrbios, podendo ter problemas de saúde mental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De modo geral, é mister esclarecer ainda que um psicopata não necessariamente se torna um criminoso, ou pratica atos criminosos, muitos destes não são pessoas frias ou assassinos psicóticos, pois a maioria deles vive com sucesso e sem cometimento de crimes. Quanto ao assassino em série pode haver casos em que o criminoso, não tem nenhum tipo de problema psicótico, mais por puro prazer pessoal pratica uma série de atos delituosos.

Vale frisarmos que houve uma época que no Brasil, o senador Romeu Tuma, propôs o projeto de lei nº 140/10, o referente projeto de lei continha uma proposta de alteração do Código Penal, onde os casos de assassino em série no Brasil seriam julgados de acordo com o artigo 121 do Código Penal, considerando os assassinatos em série como uma forma de homicídio qualificado. No entanto, o referido projeto de lei foi arquivado ainda em 2014, trazendo inclusive a inconstitucionalidade em sua redação, no que diz respeito a pena mínima, que seria de trinta anos, o que tornaria impossível uma reintegração social desse indivíduo.

A imputabilidade do assassino em série, em todo caso será avaliada de acordo com o crime cometido, com o entendimento do indivíduo no momento do ato, e também a sua sanidade mental. Sendo ele semi- imputável, inimputável ou imputável, se imputável, será responsabilizado pelos seus atos, ao contrário de ser totalmente responsável por seus atos, entender o que fez, será submetido a exames psiquiátricos, para depois ser decidido pelo juiz como irá prosseguir com sua vida após o ato criminoso.

Frente aos atos criminosos cometidos, o ordenamento jurídico Brasileiro, prevê sanções e meios para punir ou tratar esses indivíduos. O primeiro leva em conta o cumprimento da pena em prisão. Por conseguinte, temos que os tratamentos psiquiátricos em hospital de custódia, com tempo determinado de internação, podendo mudar de acordo com o exame de periculosidade feito no decorrer da internação, assim como os tratamentos substitutivos, são postos a esses assassinos em série como uma forma esperançosa de cura ou controle de suas condutas homicidas, para que posteriormente possam ser ressocializados e inseridos na nossa sociedade.

É forçoso concluir que, mesmo que haja essas saídas para a ressocialização do assassino em série, ainda há muitos medos e preconceitos por parte da população que considera ainda o sistema carcerário, nestes casos, como sendo a melhor maneira de punir e mantê-los longe do convívio social, por questões de tranquilidade e segurança.

REFERÊNCIAS

American Psychiatric Association. (2014). Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5 [Recurso eletrônico]. (5a ed.; M. I. C. Nascimento, Trad.).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Porto Alegre, RS: Artmed. Diaponível em: http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnosico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf Acesso em: 20 de Mar. 2021.

BRASIL,**Código Penal- DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Acesso em 17 de Out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de Fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal**. A teor do que dispõe o Código Penal, somente é possível o reconhecimento da extinção da medida de segurança ou a concessão do indulto, quando verificada, através de exame pericial, a cessação da periculosidade do agente, Minas Gerais [2020]. RELATOR: Maurício Pinto Ferreira. Disponível em: https://tj mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234149773/agravo-em-execucao-penal-agepn-10231070851978001-mg/inteiro-teor-234149842?ref=serp Acesso em 17 de Out. 2020.

CAMPOS, Héllen Susan Farinelli. **Análise do perfil psicopático e a previsão penal adequada em relação aos assassinos em série**. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 32, n. 32, 2016. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5941/5648 Acesso em: 07 de Abr. de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 332- 333.

CHICO PICADINHO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Chico_Picadinho&oldid=58889702 Acesso em: 03 de Maio 2021.

FELICIANO, Juliana Braga. **A IMPUTABILIDADE DO SERIAL KILLER.** Repositório de trabalho de conclusão de curso, 2015. Disponível em: https://repositorio.ucb.br:9443/jspui/bitstream/123456789/9233/1/JulianaBragaFeliciaNoTCCGraduacao2015.pdf Acesso em 13 de Out. 2020.

GIL, Antônio Carlos. **MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA SOCIAL**: 6. ed. - São Paulo : Atlas, 2008.

GOUVEIA, Wagner Camargo et al. **A QUESTÃO DA IMPUTABILIDADE DE CRIMINOSOS COM TRANSTORNOS DE PERSONALIDADE**. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20180511142519.pdf Acesso em 14 de Out. 2020.

IMPUTABILIDADE PENAL E TRANSTORNOS MENTAIS - MEDICINA LEGAL [S. I.: s.n.], 2020. 1 vídeo (47:18 min). Publicado pelo supremo concurso. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=KeHsqbCymTU. Acesso em: 23 de Abr. 2021.

MANÍACO DO PARQUE. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Man%C3%ADaco_do_Parque&oldid=60116779 Acesso em: 03 de Maio 2021.

MARIA, Ana, **AVENTURAS NA HISTORIA**, UOL, 2021. Disponível em: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/nos-eua-assassino-em-serie-condenado-morte-falece-antes-de-execucao.phtml **Acesso em: 26 de Fev. 2021.**

MARIA, Ana, **Japonês conhecido como "Serial Killer do Twitter"** é condenado à morte. UOL, 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/12/15/serial-killer-japones-que-encontrava-vitimas-no-twitter-e-condenado-a-morte.htm Acesso em : 26 de Fev. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **MANUAL DE METODOLOGIA DA PESQUISA DO DIREITO** 5° edição – São Paulo: Editora saraiva, 2009.

MOURA, Luiz Alberto. **A seriação como novidade–A originalidade vinda da repetição. Os Serial Killers e os média**. Disponível em: http://isociologia.up.pt/sites/default/files/working-papers/WP%2053_0.pdf Acesso em 14 de Out. 2020.

MOURA, mariana dias de. **SERIAL KILLERS: o prazer na morte** 2017. Disponível em:http://repositorio.faema.edu.br/bitstream/123456789/1191/1/MOURA%2C%20M.%20D.%20-%20SERIAL%20KILLER%20O%20PRAZER%20NA%20MORTE.pdf Acesso em 14 de Out. 2020.

NETO, Geraldo Rocha Dantas et al. O direito ao esquecimento como garantia fundamental à ressocialização de criminosos psicopatas. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 7, p. e319974060-e319974060, 2020. Disponível em: https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/4060/3476 Doi: https://doi.org/10.33448/rsd-v9i7.4060 Acesso em 17 de Out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal** Comentado**.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 653.

PAIVA, Gabriella Santos. **Análise criminológica e imputabilidade dos assassinos em série. Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 32, n. 32, 2016. Disponível em: file:///C:/Users/fran/Downloads/5913-15912-1-PB.pdf Acesso em 12 de Out. 2020.

SILVA, A. B. B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2010. p.40.

SILVA, Cleice Dias da. **Assassinos em série: patologia e conduta criminosa**. 2019. Disponível em: http://repositorio.unitau.br:8080/jspui/bitstream/20.500.11874/3496/1/TG-Cleice_Dias.pdf Acesso em 13 Out. 2020.

TEMER, Brenda Coelho. **SERIAL KILLERS: análise contemporânea do ordenamento jurídico**. Repositório de Trabalhos de Conclusão de Curso, 2020. Disponível em: http://pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/repositoriotcc/article/viewFile/1765/1378 Acesso em 12 de Out. 2020.

TIAGO HENRIQUE GOMES DA ROCHA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2021. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Tiago_Henrique_Gomes_da_Rocha&oldid=60963258 Acesso em: 03 de Maio 2021.

ARTIGO 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

GABRIELA DE CASTRO IANNI: Especialista em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Especialista em Perícias Criminais pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Mestranda em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica. (PUC-SP). Advogada Criminal.

RESUMO: No presente trabalho busca-se, através da revisão doutrinária e jurisprudencial pátrias, adotando-se o método científico, analisar a previsão do artigo 316, § único, do Código de Processo Penal, instituído através da promulgação da Lei nº 13.969/2019, que dispõe sobre a reavaliação da necessidade da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, pelo órgão prolator da decisão, sob pena de ilegalidade69. A análise pretendida gira em torno dos requisitos da prisão preventiva na doutrina e na jurisprudência pátrias, bem como, através de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico e das correlatas disposições constitucionais e processuais penais, alinhavar a vertentes fulcrais para a exegese do referido dispositivo, dada a suma importância do direito geral de liberdade, componente basilar da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito pátrio.

PALAVRAS - CHAVE: Prisão Preventiva, Reavaliação, Artigo 316, do Código de Processo Penal.

RESUMEN: En el trabajo actual, buscamos a través de la revisión doctrinal y la legislación, adoptando el método científico, analizar la disposición del artículo 316, párrafo único, del Código de Procedimiento Penal, establecido mediante la promulgación de la Ley 13.969/2019, que prevé la reevaluación de la necesidad de

69 O § único, do artigo 316, do Código de Processo Penal, dispõe, *in verbis*: Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.>. Acesso em: 07/11/2020.

prisión preventiva cada 90 (noventa) días, por el proaficial de la decisión, bajo pena de ilegalidad. El análisis deseado gira en torno a los requisitos de la detención preventiva en la doctrina y la jurisprudencia de las patrias, así como, mediante una interpretación sistémica del sistema jurídico y las disposiciones constitucionales y procesales penales conexas, alineando los aspectos centrales para la exégesis de esa disposición°

PALABRAS CLAVE: Prisión Preventiva, Reevaluación, Artículo 316, del Código de Procedimiento Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Prisão Preventiva e seus Lineamentos. 2.1. Os pressupostos para a imposição da restrição cautelar do *status libertatis.* 2.2. O § único do artigo 316, do Código de Processo Penal. 3. O debate doutrinário e jurisprudencial no cenário nacional acerca do § único do artigo 316, do Código de Processo Penal. 3.1. Os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que mitigam a literalidade do artigo 316, do Código de Processo Penal. 3.2. Os argumentos favoráveis à revogação da prisão preventiva ante a inobservância do artigo 316, do Código de Processo Penal. 4. Algumas considerações finais sobre a controvérsia instalada cem torno do artigo 316, do Código de Processo Penal. 5. Conclusão. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

Conforme amplamente divulgado na imprensa pátria, em outubro de 2020, foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello decisão liminar nos autos da ordem de Habeas Corpus nº 191.836/SP70, responsável pela revogação da prisão preventiva de indivíduo preso cautelarmente por prazo superior a um ano, porém com condenação criminal confirmada em instância recursal, sem trânsito em julgado (ou seja, preclusão recursal) com espeque motivacional no § único, do artigo 316, do Código de Processo Penal71, dispositivo incluído ao Código de Processo Penal através das modificações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, que foi cunhada como Pacote Anticrime e que impõe a revisão, de ofício, no prazo de 90 (noventa) dias, através de decisão motivada,

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 191.836/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 3/11/2020. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1141192/false>. Acesso em: 12/11/2020.

71 O artigo 316, do Código de Processo Penal, dispõe *in verbis*: O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10/05/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dos fundamentos de uma decisão ensejadora de prisão preventiva, sob pena de ilegalidade.

Instala-se, a partir da citada decisão liminar, a controvérsia sobre os contornos da referida norma processual penal (artigo 316, § único, do Código de Processo Penal) e, consequentemente, dos lineamentos e limites da prisão preventiva no ordenamento jurídico. A referida decisão concessiva de liminar em Habeas Corpus, perante o Supremo Tribunal Federal, ainda foi objeto de suspensão72, pelo presidente da Corte Suprema, o Ministro Luiz Fux, referendada pelo Pleno73. Porém, o paciente evade-se, o que agita ainda mais a discussão em torno da norma processual penal em apreço.

Neste cenário, exsurge acalorado debate, especialmente em torno do que se poderia intitular de mitigação dos contornos do artigo 316, § único, do Código de Processo Penal em prol do combate à criminalidade grave, especialmente em relação aos crimes perpetrados por associações e organizações criminosas74 e em relação aos crimes contra à ordem econômica75, e o respectivo comprometimento à ordem pública e à paz social.

---

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Disponível em:< https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf>. Acesso em: 12/11/2020.

73 STF ratifica decisão que determinou a prisão imediata de líder do PCC. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1. Acesso em: 12/01/2021.

74 A Lei nº 12.850/2013, em seu artigo 1º, §1º, define as organizações criminosas como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.>. Acesso em: 09/05/2021. O Código Penal tipifica o crime de associação criminosa no artigo 288 quando associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09/05/2021.

75 Os crimes contra à ordem econômica estão previstos nas Leis nºs 8.137 de 27 de novembro de 1990 e 8.176 de 8 de fevereiro de 1991. Disponíveis em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. E < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm#:~:text=1%C2%B0%20Constitui%20crime%20contra%20a%20ordem%20econ%C3%B4mica%3A&text=2%C2%B0%20Constitui%20crime%20contra,a%20cinco%20anos%20e%20multa.>, respectivamente. Acesso em: 09/05/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esta conjectura impõe uma digressão a respeito da custódia preventiva no ordenamento processual penal brasileiro e seus contornos democráticos, sobre a dignidade da pessoa humana como alicerce da República Federativa Brasileira, tal qual explicitado no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal76, da qual irradiam os direitos fundamentais individuais que balizam a ordem jurídica77, especialmente, a ordem processual penal, com relevo à necessidade imperiosa da restrição do *status libertatis*.

2 – A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS LINEAMENTOS

No âmbito do direito processual penal do Estado Democrático de Direito pátrio, à luz dos paradigmas constitucionais erigidos pelo constituinte de 1988, isto é, do direito à liberdade e do princípio da presunção de inocência, a liberdade é a regra, sendo sua restrição medida de exceção, legitimada apenas quando imperiosa, razão pela não pode objetivar, com o manejo da prisão cautelar, punir antecipadamente, que

76 O artigo 1º, da Constituição Federal dispõe, *in verbis*: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 12/01/2021.

77 A dignidade da pessoa humana insculpida no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal é erigida pelo constituinte de 1988 como fundamento da República Federativa brasileira e mais que um princípio ou um direito fundamental, representa o almejado reconhecimento do valor inato, da qualidade intrínseca da pessoa humana, que a torna merecedora de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, dela irradiando um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram o indivíduo tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como garantindo-lhe as condições necessárias a uma vida em comunhão com os demais seres humanos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993, pág. 58/59. SILVA, Marco Antônio Marques da. *In* **Refugiados são pessoas dignas e com direitos**. Disponível em:< https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2018/12/17/refugiados-sao-pessoas-dignas-e-com-direitos/.> Acesso em 04/11/2019 e Dignidade Humana e globalização. *In* SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Efetividade da Dignidade Humana na Sociedade Globalizada.** São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 102. Trata-se, portanto, de valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, intitulada pela doutrina, justamente diante da relevância e da centralidade da dignidade da pessoa humana, como supraprincípio, princípio norteador, regedor e metaprincípio. NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e dignidade humana. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 192 e MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. *Ibid*, p. 201.

se leia, antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória impositiva da sanção privativa de liberdade.

A doutrina destaca que por trazer como consequência a privação da liberdade, antes do trânsito em julgado, a prisão "somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade"78.

Cumpre a prisão preventiva o papel de acautelar o processo, isto é, a instrução e a aplicação da Lei penal, assim como a ordem pública e a ordem econômica, nos termos previstos pelo artigo 312, do Código de Processo Penal79, que adiante será detalhado.

Guardada sua natureza cautelar e instrumental, a prisão preventiva, atualmente, não tem por finalidade punir antecipadamente o acusado. Assim, sem que se configure uma situação de real necessidade, na qual insuficiente a adoção de medida menos gravosa, inidônea a privação cautelar da liberdade do acusado80.

Referida situação de imperiosidade à legitimação da decretação da medida extrema, conforme assentado nos Sodalícios brasileiros81, deve ser avaliada

78 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 259/260.

79 O Artigo 312, do Código de Processo Penal, prevê, *in verbis*: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 13/11/2020.

80 Nesta linha, transcreve-se: Ementa: "[...] II. Prisão preventiva: fundamentação cautelar necessária. Medida cautelar, a prisão preventiva só se admite na medida em que necessária para resguardar a lisura da instrução do processo, a aplicação da lei penal, na eventualidade da condenação e, em termos, a ordem pública; e a aferição, em cada caso, da necessidade da prisão preventiva há de partir de fatos concretos, não de temores ou suposições abstratas. Inidoneidade, no caso, da motivação da necessidade da prisão preventiva, que, despida de qualquer base empírica e concreta, busca amparar-se em juízos subjetivos de valor acerca do poder de intimidação de um dos acusados e menções difusas a antecedentes de violência, que nenhum deles se identifica". BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso em Habeas Corpus nº 83179/PE. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 01/07/2003. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97231/false>. Acesso em: 09/05/2021.

81 Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus nº 120530/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, 16/02/2016. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347045/false>. Acesso em: 09/05/2021, constando de

concretamente, com base empírica real e correlata à hipótese ensejadora da custódia cautelar, cujo decreto deve ser fundamentado, conforme asseguram o inciso LXI, do artigo 5º e o artigo 93, IX, ambos da Constituição Federal82, não se legitimando através de motivação genérica e abstrata.

Nesta senda, a gravidade abstrata do delito atribuída ao agente decorrente, exemplificadamente, de sua natureza hedionda, é insuficiente para a decretação da prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de inocência83. Desta forma, referências genéricas, como por exemplo, menções ao sentimento de impunidade e ao risco de descrédito da justiça em face de determinado

sua ementa: [...] 2. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura, ou a manutenção em liberdade do agente, implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 3. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 4. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, tornando definitiva a liminar anteriormente deferida, para revogar a prisão preventiva do paciente.

82 O inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, dispõe *in verbis*: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.>. Acesso em: 13/11/2020.

83 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus nº 122.761/SP (2008/0268991-2). Relatora Desembargadora convocada Jane Silva. 2/03/09. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=122761&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 09/05/2021. A ementa deste julgado dispõe que: II. A mera invocação da prova da existência do crime e dos indícios de sua autoria, sem, contudo, a explanação de quais elementos de convicção estariam essa conclusão, não se presta para demonstrar a presença do *fumus commissi delicti*, circunstância suficiente para inviabilizar a manutenção da prisão provisória do acusado. III. Da mesma forma, a simples arguição dos pressupostos para a prisão preventiva (conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal), in casu, sem demonstração de sua pertinência fere a garantia constitucional inserta no artigo 93, IX da Carta Política de 1988. IV. A gravidade abstrata do delito atribuído ao agente, decorrente de sua natureza hedionda, também é insuficiente para a manutenção de sua prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade. Precedentes. V. Mostrando-se o paciente primário e possuidor de bons antecedentes, merecedor, inclusive, da minorante prevista no artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, não há qualquer vedação legal ao apelo em liberdade, pois o artigo 59 do mencionado diploma legal é claro ao assim dispor. VI. O simples fato de o réu ter respondido à ação penal provisoriamente constrito não induz automaticamente à vedação de recorrer em liberdade, sob pena de afronta à garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, devendo a medida constritiva ser justificada com base nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Precedentes. VII. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tipo penal84 ou a simples menção dos pressupostos da prisão preventiva se mostram igualmente inidôneos para motivar a prisão preventiva.

Verdade é que, na sua promulgação em 1941, o artigo 312 do Código de Processo Penal85 impunha como obrigatória a prisão preventiva nos crimes nos quais fosse cominada a pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. Já em 1967, por força da promulgação da Lei nº 5.34986, que confere nova redação ao Capítulo III, do Título IX, do Código de Processo Penal, extinta a previsão legal de prisão preventiva obrigatória, remanescendo como possibilidade e não obrigatoriedade o recolhimento cautelar ao cárcere. É, também, através da redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal conferida pela Lei nº 5.349/1967, que são instituídos pressupostos de cautelaridade para a prisão preventiva, consistentes na garantia à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

84BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus nº 444077/MG. (2018/0078382-2). Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. 15/05/2018. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800783822&dt_publicacao=29/05/2018>. Acesso em: 09/05/2021. A ementa desta decisão estabelece: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal. 2. Na hipótese, ao converter a prisão em flagrante em preventiva, deteve-se o Juízo de piso a mencionar a prova de materialidade, os indícios de autoria e a invocar a repercussão social e o descrédito do Poder Judiciário em caso de concessão da liberdade ao paciente, o que não constitui motivação suficiente para a segregação antecipada. 3. Habeas corpus concedido.

85 O artigo 312, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pelo Decreto nº 3.589/1941, dispõe *in verbis*: A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. >. Acesso em 10/11/2020.

86 O Artigo 312, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei 5.349/1967, dispunha *in verbis*: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10/11/2020.

O constituinte de 1988, por seu turno, garantiu por meio do inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Sobre referido direito, pontua Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho87 que sua *ratio* espelha o princípio da subsidiariedade da restrição do *status libertatis*, refletindo a ideia básica de que a prisão é medida de exceção, sendo a regra, que impende respeito, a liberdade, uma vez que "o direito de liberdade física integra a mais remota concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado (direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão)".

É, impositivo, nesta seara, que o Estado abstenha-se da indevida ingerência do direito de liberdade, o que corresponde ao princípio da liberdade negativa, exigindo uma razão suficiente para toda restrição da liberdade88.

Admitida ainda a prisão preventiva, nos moldes do artigo 313, do Código de Processo Penal89, conforme a redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 (presentes os pressupostos dispostos no artigo 312, do mencionado Diploma Processual Penal) em acusação de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, quando o acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado ou, ainda, se o crime envolver violência doméstica

87 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1ª ed., Saraiva, 2013 p. 460. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212640/>. Acesso em: 15/11/2020.

88 *Ibid,* p. 460.

89 Dispõe o artigo 313, do Código de Processo Penal, *in verbis*: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado). § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 08/11/2020.

e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

A possibilidade da custódia preventiva durante a fase inquisitorial ou processual, está, atualmente, disposta no artigo 311, do Código de Processo Penal90, cujo decreto caberá ao juiz, conforme a redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, a requerimento do Ministério Público, do Querelante, do Assistente de Acusação ou por representação da Autoridade Policial.

Assim, à luz da Lei nº 13.964/2019, não se fala mais em decretação *ex officio*, da custódia preventiva, abolida da redação do artigo 311, do Código de Processo Penal91 o cabimento do decreto prisional preventivo por iniciativa do juiz, sem provocação.

Subsidiariamente, o § primeiro do artigo 312, do Código Processo Penal92, prevê a possibilidade do decreto prisional preventivo em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal) e o § primeiro do artigo 313, do Código de Processo Penal93 admite a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando ela não fornecer elementos suficientes para esclarecer sua identidade, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade

90 O artigo 311, do Código de Processo Penal, prevê que: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 10/11/2020.

91 Segundo a redação do artigo 311, do Código de Processo Penal, anterior à Lei nº 13.964/2019: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569703/codigo_de_processo_penal_3ed.pdf.> Acesso em: 15/11/2020.

92 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10/11/2020>. Acesso em 13/11/2020.

93 O § 1º, do artigo 313, do Código de Processo Penal, institui, *in verbis*: Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 13/11/2020.

após sua identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Novamente, a nota de excepcionalidade se mostra presente, ao determinar-se a imediata restauração do *status libertatis*, identificado civilmente o indivíduo.

Registre-se, neste diapasão, estar assentado doutrinariamente que as medidas cautelares se balizam pela cláusula *rebus sic stantibus*94, tendo sua permanência condicionada a presença das circunstâncias que justificaram sua imposição95. Esta é, inclusive, a dicção do artigo 282, § 5º, do Código de Processo Penal96 que confere ao magistrado a possibilidade de revogação ou substituição das medidas cautelares quando verificar a falta de motivos para sua subsistência. Em consonância, se mostra a previsão do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal97, que regulamenta o cabimento da prisão preventiva somente quando não houver cabimento sua substituição por outra medida cautelar.

2.1. Os pressupostos para a imposição da restrição cautelar do *status libertatis*

A imposição da restrição do *status libertatis*, de forma cautelar, deve atender aos requisitos dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal98 em sua última

94 *Rebus sic stantibus* significa "assim estando as coisas, permanecendo assim as coisas". Disponível em:< https://www.jurisite.com.br/dicionarios/dicionario-latim/#r>. Acesso em 20/11/2020.

95 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 248.

96 O § 5º, do artigo 282, do Código de Processo Penal, prevê, *in verbis*: O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13/11/2020.

97 O artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, está redigido, *in verbis*: A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13/11/2020.

98 Artigo 312, do Código de Processo Penal, *in verbis*: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 10/11/2020.

redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, ou seja, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Principia o artigo 312, do Código de Processo Penal com a possibilidade conferida ao magistrado de decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Eis o pressuposto do *periculum libertatis*.

Todavia, mister indícios suficientes de autoria do crime, cuja existência estiver provada, pelo autor a quem é imputado, o que espelha o requisito da fumaça da prática do delito, o *fumus comissi delicti.*

A expressão ordem pública, de difícil definição99, no entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho100, relaciona-se às finalidades diversas das exigências de caráter cautelar propriamente ditas, tratando-se de medidas de defesa social, falando-se, então, em 'exemplaridade', no sentido de imediata reação ao delito, atendendo à necessidade de se evitar novos crime.

No Supremo Tribunal Federal, todavia, ecoa a necessidade de resguardar a ordem pública, ameaçada pela periculosidade social do indivíduo, indicada, *verbi gratia*, pelo destacado modo de execução do crime, como, exemplificadamente, da infração versada no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal101 (roubo com causa de aumento alusiva ao concurso de pessoas)102.

---

99 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 264.

100 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Saraiva, p. 67.

101 Dispõe o artigo 157, § segundo, inciso II, do Código Penal, *in verbis*: Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. O § 2º (do artigo 157, do Código Penal) prevê que: a pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: [...] II - se há o concurso de duas ou mais pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09/05/2021.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus nº 168150 / RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Redator do acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, 15/10/2019. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417094/false >. Acesso em: 09/05/2021. A ementa desta decisão está assim redigida: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE MOTIVADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. 1. A decisão que determinou a prisão preventiva está apoiada em elementos concretos para resguardar a ordem pública

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Contudo, deve ser destacado, com espeque nos precedentes da jurisprudência brasileira, que a imposição da prisão preventiva objetivando impedir a reiteração delituosa, além de demandar fatos concretos (que justifiquem o recear de que em liberdade o acusado possa cometer novos crimes), não se faz presente, unicamente, na repercussão midiática do fato delituoso, que não constitui, por si só, ameaça à ordem pública justificadora da prisão cautelar 103.

O risco à ordem pública, elencado em um decreto prisional como seu motivador, não pode, também, ser inferido da gravidade abstrata da imputação delituosa. Conforme anteriormente mencionado, a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias genéricas e impessoais104.

(CPP, art. 312), ante a periculosidade social do paciente, indicada pelo destacado modo de execução do crime. 2. Habeas corpus indeferido.

103BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Segunda Câmara de Direito Criminal). Habeas Corpus nº 990.10.354266-5, Relatora Desembargadora Angélica de Almeida, 20/10/2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4827494&cdForo=0>. Acesso em 09/05/2021.

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda turma). Habeas Corpus nº 121.286/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 13/05/2014. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265998/false>. Acesso em: 09/05/2021. Consta na ementa da referida decisão: [...] II – No caso concreto, o requisito autorizador da necessidade de garantia da ordem pública, descrito no art. 312 do Código Processual Penal, não foi concretamente demonstrado pelo magistrado de piso. Os pacientes são primários e a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva basicamente limitou-se a afirmar a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas. III - Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar-se a imposição da prisão cautelar. IV - Ademais, o Plenário desta Corte, ao apreciar o HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, assentou que a proibição abstrata de concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do crime de tráfico é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, entre outros. V – Impetração não conhecida mas ordem concedida de ofício, confirmada a liminar, para que seja assegurado aos pacientes o direito de permanecerem em liberdade até o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal bandeirante, relativamente à Ação Penal 0097554-30.2013.8.17.0001, sem prejuízo da fixação de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal ou mesmo da decretação da prisão preventiva, com fundamento no art. 312 do mesmo diploma legal, se for o caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Odone Sanguiné105 observa que a prisão preventiva não pode encontrar apoio no alarma social ou no clamor público que tem por expectativa que o acusado seja imediatamente punido106, visto que, como observa José Francisco Oliosi da Silveira107, o clamor público, também conhecido como comoção pública, leva à estranha conclusão de que a decretação da prisão preventiva, neste caso, não passa de uma explicação, justificação ou resposta ao protesto de uma coletividade.

A isto se acrescenta, com espeque no posicionamento jurisprudencial pátrio108, que o clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso.

A prisão preventiva para a garantia da ordem econômica, inserida no artigo 312, do Código de Processo, segundo Aury Lopes Junior109, destina-se a tutelar o risco decorrente das condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetem a tranquilidade e a harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo do mercado de ações e valores. Assim, o fundamento para a prisão preventiva, quando se fala em risco à ordem econômica, circunscreve-se

105 SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In* **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século).** SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Método, 2001, p. 282.

106 SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In* **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século).** SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Método, 2001, p. 282.

107 SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **A Prisão Preventiva e a Garantia da Ordem Pública**. RDP Nº 4 - Out-Nov/2000 - Jurisprudência Comentada. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_89.pdf>. Acesso em 11/11/2020.

108BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 80719/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, 26/06/2001. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur19237/false>. Acesso em: 09/05/2021.

109 LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares [recurso eletrônico].** 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aos abalos proporcionados por crimes econômicos, financeiros e tributários repercutindo prejudicialmente na manutenção da ordem pública110.

Adverte Guilherme de Souza Nucci111, contudo, que "não se trata de uma prisão cautelar indiscriminada, mas associada a bases reais de perturbação da segurança no nível econômico". Importante, portanto, reproduzir o exemplar jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal112 que alerta "[...] Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. Ausência de base fática, visto que o paciente teve seus bens sequestrados, não possuindo disponibilidade imediata de seu patrimônio. 2. A magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 3. Referências meramente hipotéticas à possibilidade de reiteração de infrações penais, sem dados concretos a ampará-las, não servem de supedâneo à prisão preventiva.".

A conveniência da instrução criminal, referenciada por Aury Lopes113 Junior como tutela da prova, relaciona-se, segundo Guilherme de Souza Nucci114, à atuação do réu em face da produção probatória, sendo que, quando sua atitude demonstrar o necessário distanciamento, a necessária imparcialidade e inércia do agente, que não interfere no regular desenvolvimento da instrução processual, demonstra não haver inconveniente para que permaneça em liberdade durante os tramites instrutórios.

110 NUCCI, Guilherme de Souza**. Prisão e Liberdade.** 4ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 75.

111 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** 4ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 75.

112BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 99210/MG. Relator Ministro Eros Grau, 28/05/2010. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178597/false>. Acesso em: 09/05/2021.

113 LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares [recurso eletrônico].** 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 100.

114 NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 75.

A prisão para a garantia da aplicação da lei penal, conforme Luiz Regis Prado115, visa garantir de que, em caso de condenação, a pena será executada, como se presume social e legalmente que será. Justifica-se, à luz da garantia da aplicação da lei penal, a prisão preventiva defronte o risco de fuga e a criação de dificuldades, pelo acusado, que retardem ou tornem incerta a aplicação da lei penal.

De Magalhães Noronha116 é a epítome sobre os requisitos justificadores da prisão preventiva:

> [...] ela se justifica por sua finalidade que é tríplice: é providência de segurança, é garantia de execução da pena e asseguradora da boa prova processual. No primeiro caso, evita que o delinquente pratique novos crimes e que seja vítima da vindita popular, do ofendido ou de sua família. No segundo, garante a execução da pena, impedindo sua fuga e, dessarte, subtraindo-se aos efeitos penais e mesmo civis da condenação. No terceiro, diz respeito à instrução criminal, obstante a ação do criminoso, seja fazendo desaparecer provas do crime, seja apagando vestígios, subornando testemunhas, enfim, impedido com sua atividade que a prova seja o que devia ser.

Importante repisar que no ano de 2011, em reforço à excepcionalidade da prisão preventiva, foram instituídas pela Lei 12.403 (que conferiu nova redação do artigo 319, do Código de Processo Penal) medidas cautelares diversas da prisão, que devem ser priorizadas na avaliação da necessidade de restrições sobre o acusado durante a instrução processual, sendo mister, na forma que reiteradamente se posicionam os Tribunais pátrios, fundamentação concreta para justificar a preterição de referidas alternativas, preferindo-se a decretação da prisão preventiva. Neste tom117:

---

115 PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 89.

116 NORONHA, Edgard. **Curso de direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 167.

117 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 130636/PR. Relator Ministro Teori Zavascki, 15/12/2015, Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347973/false>. Acesso em: 09/05/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> [...] em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais.

Mudanças ainda foram instituídas pela Lei nº 13.964/2019, entre elas a textual imposição, no § segundo, do artigo 312118, do Código de Processo Penal, de motivação e fundamentação do decreto prisional preventivo, consistente no (i) receio de perigo e na (ii) existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

2.2 – O § único do artigo 316, do Código de Processo Penal

O § único do artigo 316, do Código de Processo Penal, é mais uma novidade introduzida através da Lei nº 13.964/2019, impondo a necessidade da revisão, de ofício, pelo órgão emissor da decretação da prisão preventiva da sua manutenção, a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de ilegalidade da restrição do *status libertatis*.

É de se observar que o legislador cuidou para que não remanescessem dúvidas quando a imperatividade do respeito a referido comando legal, que se leia, o dever de revisão da necessidade da prisão preventiva pelo órgão prolator, adotando o imperativo "deverá", ao invés de optar por "poderá", ainda alertando que a omissão, ou seja, a não revisão de ofício, permeia a prisão de ilegalidade.

Não olvidou o legislador, também, em impor a fundamentação da decisão judicial prolatada, concernente à necessidade da manutenção da prisão preventiva, *ex*

118 O § 2º, do artigo 312, do Código de Processo Penal, prevê, *in verbis*: A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 08/11/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

vi do artigo 315 *caput*, do Código de Processo Penal119, que, em seus parágrafos, exemplifica as hipóteses nas quais não se considera uma decisão judicial fundamenta, sendo elas a decisão que (i) limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, (v) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O rol de hipóteses nas quais carece de fundamentação a decisão judicial remonta a deficiência motivacional de inúmeros éditos que se limitavam a adotar como fundamento o que deveriam demonstrar, isto é, o porquê da prisão cautelar haver de persistir para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para garantir a instrução processual ou a aplicação da lei penal, considerando-se, como deve acontecer, as particularidades subjetivas e objetivas do acusado, redundando no argumento cunhado de petição de princípio120, quando a decisão judicial toma por base o que deveria demonstrar com clareza solar.

É importante que se mencione que o quadro delineado pela norma legal não explicita ressalvas (como a gravidade do delito ou o exaurimento da fase de conhecimento) a afastarem o dever judicial de executar o ato revisório da necessidade da prisão preventiva. Em decorrência do princípio da igualdade, que, nas palavras de Marco Antonio Marques da Sila, não admite a existência de leis discriminatórias121, o

119 O artigo 315, do Código de Processo Penal, dispõe, *in verbis*: A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 14/11/2020.

120 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Segunda Câmara de Direito Criminal). Habeas Corpus n° 1.074.580-3/5-00, Relator: Sydnei de Oliveira Jr.. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1459714&cdForo=0>. Acesso em: 09/05/2021.

121 SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça e Estado Democrático de Direito**. Juarez de Oliveira, 2001, p. 6.

cumprimento do mandamento revisional delineado pelo artigo 316, do Código de Processo Penal deve ser aplicado em todos os casos.

3. O DEBATE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL NO CENÁRIO NACIONAL ACERCA DO § ÚNICO DO ARTIGO 316, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Repercutiu nacionalmente, no mês de outubro de 2020, a observância do artigo 316, do Código de Processo Penal, que se materializou na concessão de liminar nos autos de Habeas Corpus nº 191.836/SP122, em favor de paciente preso preventivamente há mais de um ano e com condenação em primeira e segunda instâncias, ainda pendente do exaurimento de recursos perante as instâncias especial e extraordinária, instalando o debate no cenário jurídico a respeito do conteúdo, do alcance e da aplicação do inquinado preceito legal.

A decisão monocrática concessiva de liminar no *writ* em questão, da lavra do ministro Marco Aurélio Mello, sorteado para sua relatoria, cinge-se exatamente à inobservância (no caso concreto) do disposto no referido artigo 316, do Estatuto Processual Penal, ao ensejo do reestabelecimento da liberdade individual, quando inerte a reavaliação judicial do decreto prisional preventivo:

> O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal dispõe sobre a duração, fixando o prazo de 90 dias, com a possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado. Apresentada motivação suficiente à manutenção, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. O paciente está preso, sem culpa

122 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 191.836/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, 3 de novembro de 2020. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1141192/false>. Acesso em 12/11/2020. Consta do histórico fático: "O Juízo da Quinta Vara Federal da Subseção Judiciária de Santos/SP determinou a prisão preventiva do paciente, ocorrida em 15 de setembro de 2019, e de outras 38 pessoas, ante os crimes dos artigos 33 (tráfico de drogas) e 35 (associação para o tráfico), combinados com o 40, incisos I (transnacionalidade) e VII (financiamento para o tráfico), da Lei nº 11.343/2006. Assentou materialidade e indícios de autoria, referindo-se à apreensão de quase 4 toneladas de cocaína e a dados revelados mediante interceptação telefônica, vídeos, depoimentos e vigilância policial realizados durante investigação – Operação Oversea. Salientou demonstrada integração a grupo criminoso voltado ao tráfico internacional de entorpecentes, com atuação no Porto de Santos/SP. Concluiu indispensável a custódia para garantir a ordem pública, a instrução processual e a aplicação da lei penal.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo.

3.1. Os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que mitigam a literalidade do artigo 316, do Código de Processo Penal

Inicialmente, pontua-se que a liminar concedida no julgamento da Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 191.836/SP foi objeto de pedido de suspensão de liminar tombado sob o nº 1.395123, suscitada pelo Ministério Público Federal, em sede de plantão judiciário, com fulcro no artigo 4º, da Lei nº 8.437/92124. Sustentou o pedido ministerial que a liminar concessiva da revogação da medida cautelar de prisão preventiva em favor de André Oliveira Macedo violaria a ordem pública, representaria supressão de instância decisória e representaria a admissão de ordem de Habeas Corpus sem que tenha havido a interposição do agravo regimental contra o indeferimento de liminar perante a instância de origem, que era o Superior Tribunal de Justiça.

Explica-se que ato apontado como coator (nos autos do Habeas Corpus nº 191.836/SP, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal) foi a decisão monocrática prolatada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o Habeas Corpus nº 591.759/SP125, impetrado em decorrência

123BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Disponível em:< https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf>. Acesso em: 12/11/2020.

124 Dispõe o artigo 4°, da Lei 8.437/1992 que: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em 08/11/2020.

125BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 591759. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 29/06/2020. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202001523319&dt_publicacao=01/07/2020>. Acesso em 15/11/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de excesso de prazo, segundo a impetração, causado pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região no processamento da apelação nº 0000373-08.2015.4.03.6104, pois, "passados aproximadamente 06 anos da deflagração da Operação Oversea, do decreto de prisão e início da ação penal, o Paciente não tem a situação prisional definida".

A despeito da alegação de supressão de instância aventada como motivador do não conhecimento da ordem, conforme o entendimento espelhado na Súmula 691, do Supremo Tribunal Federal126, que preconiza não competir a Corte Suprema conhecer de Habeas Corpus impetrado contra decisão do Relator que, em Habeas Corpus impetrado a Tribunal Superior, indefere a liminar, o rigor na aplicação de tal entendimento sumulado tem sido atenuado nas hipóteses em que (i) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal ou (ii) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo Tribunal Superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal127.

E, sob a rubrica de paciente responsável por liderança de facção criminosa, o posicionamento da Procuradoria Geral da República128 foi que o decreto de prisão preventiva dirigido ao paciente da ordem de Habeas Corpus nº 191.836/SP remontaria

126 A Súmula 691, do Supremo Tribunal Federal, está assim redigida: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700 >Acesso em: 12/11/2020.

127 Neste sentido, por exemplo: Ementa. [...] Habeas Corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 85.185/SP (Plenário), por maioria, Relator: Ministro Cezar Peluso, 1/.9/2006. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92843/false>. Acesso em: 09/05/2021.

128 Resenha fática constante da decisão do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

uma adequada e proporcional reação institucional no esforço hercúleo de imposição da ordem jurídica sobre a ordem criminosa com capacidade de movimentação de quase 4 (quatro) toneladas de cocaína.

A liberdade retornada ao chefe da organização criminosa, através da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello nos autos da ordem de Habeas Corpus nº 191.836/SP, reforçaria a autoridade (do acusado) sobre os liderados e sinalizaria a inalcançabilidade de todos os seus malfeitos, sendo imperativo de ordem pública o desmantelamento de organizações criminosas129.

O pedido suspensivo de liminar invoca, ademais, a ordem pública malferida com a revogação do decreto prisional preventivo, de sorte que suscitaria a insegurança popular na capacidade do Judiciário, do Ministério Público e da Polícia de restaurarem o império da lei. Propõe, a impugnação ministerial em apreço, uma hermenêutica "atenta à realidade subjacente ao texto legal", na qual a revisão das prisões preventivas reclamaria a alteração do quadro processual de sorte que, a manutenção das coisas como se encontravam quando da decretação da prisão preventiva importaria na presunção de legitimidade da custódia, não podendo o simples transcurso do prazo importar na perda da validade da decisão judicial, tal qual fosse a prisão preventiva uma modalidade de prisão provisória com duração de 90 (noventa) dias, sob pena de caducidade, razão pela qual a superação do prazo nonagesimal não seria suficiente ou automático autorizador da revogação da decisão que impôs a prisão preventiva130.

---

129 Resenha fática constante da decisão do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf. Acesso em: 15/11/2020.

130 Trecho da síntese dos fundamentos do pedido de suspensão de liminar da Procuradoria-Geral da República constante do voto de Luiz Fux: "[...] A Sociedade brasileira viu o movimento das instituições de persecução e responsabilização na direção do desmonte de organização que afronta a segurança pública e desconhece fronteiras. A prisão restaurou a ordem pública. A liberdade do paciente concedida pela liminar impugnada, ainda que no plano individual soe clemente, no plano coletivo, social e público é uma violência contra a ordem pública. O retorno à liberdade de agentes de poder econômico e criminal faz pairar dúvida a todos sobre a capacidade do Judiciário, do Ministério Público e da Polícia de restaurarem o império da lei e alcançarem todos os faltosos. [...] Tal cenário de manifesta presença dos pressupostos da custódia cautelar revelam que o prazo de 90 (noventa) dias a que alude a literalidade do art. 316 do CPP, numa hermenêutica atenta à realidade subjacente ao texto legal e sob tais circunstâncias, somente pode ser lido sob a perspectiva jurídica do princípio universal do Direito: rebus sic stantibus. O zelo judicial com a revisão das prisões preventivas a cada noventa dias pressupõe que nesse interregno haja alteração do quadro processual de modo favorável ao preso. Da manutenção das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Concedida a suspensão da liminar, por decisão proferida pelo Ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux131, a motivação centrou-se:

> [...] compromete a ordem e a segurança públicas a soltura de paciente 1) de comprovada altíssima periculosidade, 2) com dupla condenação em segundo grau por tráfico transnacional de drogas, 3) investigado por participação de alto nível hierárquico em organização criminosa (Primeiro Comando da Capital – PCC), e 4) com histórico de foragido por mais de 5 anos. [...] Outrossim, a *ratio* do artigo 316 do Código de Processo Penal não pode ser desconsiderada. A definição da categoria excesso de prazo demanda juízo de razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso em análise. Nesse sentido, na esteira do que sustentado pela Procuradoria-Geral da República, a revisão da prisão a cada 90 dias pressupõe marcha processual em condições de alterar a realidade sobre a qual decretada a prisão.

Diante disso, desponta o esforço argumentativo para demonstrar que prazo nonagesimal do artigo 316, do Código de Processo Penal subjugar-se-ia (i) à natureza e a gravidade da imputação criminosa, (ii) à periculosidade do agente, (iii) a eventuais condenações em outros processos e (iv) à alteração fática-jurídica dos motivos

coisas como se encontravam quando da decretação decorre a presunção de legitimidade da custódia, não podendo do simples transcurso do prazo se deduzir a perda da validade da decisão judicial. A prisão preventiva continua sendo uma prisão cautelar, duradoura enquanto vigentes os motivos que a determinaram. Ela não se transmudou em uma prisão temporária com caducidade de 90 dias como faz crer a decisão impugnada. De um eventual retardo na nonagesimal checagem de todas as prisões em curso não decorre, portanto, a soltura de réus condenados em duplo grau de jurisdição. Haveria assim total desproporção entre a proteção da Sociedade e as rotinas processuais de verificação da permanência de situações processuais de consolidada realidade e improvável reversão." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf>. Acesso em 12/11/2020.

131BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Disponível em:< https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf>. Acesso em 12/11/2020.

ensejadores da prisão preventiva (à luz do artigo 312, do Código de Processo Penal) durante a marcha processual, superados os 90 (noventa) dias em questão.

Analisando-se os argumentos da decisão suspensiva dos efeitos da medida liminar proferida nos autos do Habeas Corpus nº 191.836/SP, pretende-se conferir ao artigo 316, do Código de Processo Penal uma interpretação na qual prepondere o interesse público consistente no combate à criminalidade.

Em segundo lugar, o dispositivo demandaria a aplicação do princípio do *rebus sic stantibus*, não sendo, pois, suficiente, por si só, para automaticamente autorizar a revogação da prisão preventiva, o decurso *in albis* do prazo de reavaliação da necessidade da prisão preventiva (artigo 316, do Código de Processo Penal).

3.2. Os argumentos favoráveis à revogação da prisão preventiva ante a inobservância do artigo 316, do Código de Processo Penal

A análise do dispositivo legal em apreço remete ao direito subjetivo individual de revisão periódica do édito de custódia cautelar, com o acertamento da decisão concessiva da liberdade, na medida em que não se ateve à "capa do processo", ou seja, espelhou um julgamento de obediência estrita à lei, sem diferenciações individuais, aplicando-se indiscriminada e igualitariamente o mandamento legal colimado pelo artigo 316, do Código de Processo Penal132.

Cezar Fiúza133 define o direito subjetivo como faculdade, cuja estrutura básica revela o poder e o dever reflexo da norma, efeito do direito objetivo e, portanto: quando se diz que alguém tem direito a alguma coisa, está-se referindo a direito subjetivo seu, a faculdade que possui e que encontra proteção na norma, no direito objetivo (que os garante)134.

---

132 Posicionamento de Lenio Luis Streck citado em *Soltura do André do Rap não é a 1ª decisão controversa de Marco Aurélio*. LOPES, Raquel. **Soltura do André do Rap não é a 1ª decisão controversa de Marco Aurélio.** Disponível em:< https://www.poder360.com.br/justica/soltura-de-andre-do-rap-nao-e-a-1a-decisao-controversa-de-marco-aurelio/>. Acesso em 08/11/2020.

133 FIUZA, César. **Direito Civil curso completo**. 2ª ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa rev. , atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais Ltda, p. 13.

134 FIUZA, César. **Direito Civil curso completo**. 2ª ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa rev , atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais Ltda. Sobre as teorias explicativas do direito subjetivo, César Fiuza discorre: 1.ª) Teoria da vontade – Concebida por Windscheid, jurista alemão, afirma que alguém terá direito subjetivo, quando sua vontade, em virtude do Direito objetivo, for mais forte que a da outra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não deixa a decisão prolatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, sustentam seus defensores, de observar e cumprir o texto legal aprovado pelo Legislativo, prestigiando, desta forma, no plano normativo, o direito subjetivo e, no plano político, a separação dos poderes, contendo o ativismo judicial.

Verdade é que a decisão concessiva da liminar do pleito aduzido na ordem de Habeas Corpus nº 191.836/SP apresenta-se em exata conformidade com conteúdo da norma processual penal, não destoando ou distanciando-se do conteúdo do regramento pertinente à reavaliação das prisões preventivas no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de ilegalidade da prisão.

Em resposta, assaz para afastar eventuais revogações indevidas, consoante fixado pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal135, a apresentação de motivação suficiente à manutenção da prisão, observado o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, com o que não haverá que se falar em constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo.

Não se aparta, outrossim, da liberdade como regra, bem como da necessidade de concretude e atualidade do *periculum libertatis*, bem como da necessária fundamentação das decisões judiciais quando o tema circundar a manutenção das prisões preventivas, tal qual determinado no *caput* do artigo 315, do Código de Processo Penal, afiançado pelo inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal136.

---

pessoa, em determinada situação. 2.ª) Teoria do interesse – É a solução de Rudolf von Jhering, jurista alemão, segundo a qual direito subjetivo é interesse protegido pelo Direito objetivo, ou seja, pela norma de conduta. Em suas palavras, é interesse juridicamente protegido. 3.ª) Teorias mistas – Buscam conjugar vontade e interesse. 4.ª) Teoria da subjetivação da norma – [...] Os direitos subjetivos são mero reflexo da norma, efeito seu. O que se leva em conta é a vontade do ordenamento jurídico e o interesse destacado pelo Direito. Daí, o centro de gravidade se desloca do indivíduo para a norma. O direito subjetivo não passa de efeito do Direito objetivo aplicado ao indivíduo. É, assim, meio de proteção de interesse, como deseja Thon; ou, nas palavras de Barbero, meio de agir segundo a norma.

135BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus nº 179616/SP, Relator: Marco Aurélio Mello, 29/05/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426967/false.> Acesso em 09/05/2021.

136 O artigo 93, IX, da Constituição Federal, dispõe, *in verbis*: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o

Cumpre observar mais um ponto pacificado pela jurisprudência brasileira correlato à inadmissibilidade da perpetuação das prisões preventivas sem lastro justificador da procrastinação da instrução processual por tempo superior ao admissível, prestigiando-se, inclusive, a duração razoável do processo afiançada pelo inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal137.

No julgamento do Habeas Corpus nº 83.773/SP138, o então ministro Celso de Mello destacou que "o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do "due process of law", tratando-se, também, de direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável139:

Ademais, a revogação da prisão preventiva, quando inobservada a imposição revisional periódica dos fundamentos da restrição cautelar da liberdade, apresenta sintonia com a inadmissibilidade fixada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal da execução provisória da pena de prisão, assentada no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54140.

---

interesse público à informação. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/11/2020.

137 O artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, *in verbis*: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/11/2020.

138 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 83773/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, 07/12/2004. Disponível em< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92612/false>. Acesso em: 09/05/2021.

139 *Ibid*. E acrescentou que: O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.

140 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 / DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 07/11/2019. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false. Acesso em: 09/05/2021. A ementa da decisão proferida em referido julgamento está redigida nos seguintes termos: PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado

Em julgamento correlato à temática da execução da prisão-pena antes da preclusão recursal, nos autos do Habeas Corpus 126.292141, Celso de Mello142 argumentou:

> A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos;
>
> [...] o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.

da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

141 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 126.292 (Plenário). Relator: Min. Teori Zavascki, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 17/02/2016. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 09/05/2021.

142 *Ibid*.

Em voto proferido nos autos da medida cautelar de suspensão de liminar 1.395143, o Ministro Gilmar Mendes observa que o preceito revisional encampado pelo Código de Processo Penal com o advento da Lei n. 13.964/2019, tratar-se-ia de resposta legislativa ao fenômeno disfuncional do excesso de prazo nas prisões preventivas, constatado, inclusive, através de mutirões carcerários promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça144, que perfilha referida senda, consoante estampado na Resolução Conjunta número 01, de 29 de setembro de 2009145.

Destarte, a nova redação do art. 316 do Código de Processo Penal exsurgiria como uma resposta lógica do sistema penal diante de uma disfunção que vem, há anos, ferindo liberdades individuais constitucionalmente consagradas146.

Assim, é de se destacar o conteúdo argumentativo do referido voto que adverte para a armadilha de centrar as críticas no diploma legal e descurar a efetiva falha sistêmica, ou seja, o exercício da atividade jurisdicional que se queda inerte em atender ao comando legal de ordem processual, que impõe a revisão do decreto de custódia preventiva (inobstante aos direitos e garantias individuais assegurados na ordem constitucional pátria).

143 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar da Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>. Acesso em: 10/05/2021.

144 O Sistema do Mutirão Carcerário é um sistema utilizado durante os mutirões carcerários organizados pelo CNJ/ Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, nos quais são cadastrados todos os processos de réus presos do Estado e realizadas as movimentações, bem como o lançamento da decisão final, garantindo a revisão das prisões e um controle efetivo dos trabalhos. Por meio do sistema é possível acompanhar o andamento dos mutirões e emitir relatórios finais quantitativos. O acesso é dado mediante cadastramento prévio, somente para os que atuam em sede de mutirão. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/sistema-do-mutirao-carcerario/>. Acesso em: 14/11/2020.

145 Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=85#:~:text=Art.,menos%20uma%20vez%20por%20ano.>. Acesso em: 10/05/2021.

146 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar da Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>. Acesso em: 10/05/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A CONTROVÉRSIA INSTALADA EM TORNO DO ARTIGO 316, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Alguns considerandos se fazem necessários no tocante ao combate à criminalidade, mediante a decretação da prisão preventiva.

Imperiosa, nos dias atuais, que se mostra a luta contra a criminalidade, na vigência da democracia constitucional pátria é ilegítimo o desvirtuamento ou a ampliação do manejo da prisão preventiva para alcançar referido desiderato, de sorte que o §2º, do artigo 313147, do Código de Processo Penal é taxativo no que se refere à inadmissibilidade da prisão preventiva, cuja real finalidade seja a antecipação do cumprimento de pena ou que decorra imediatamente da investigação criminal ou da apresentação ou mesmo do recebimento da denúncia.

A prisão preventiva é medida exceção, razão pela qual somente está autorizada em casos excepcionais. As medidas punitivas não podem prescindir, no Estado Democrático de Direito, do devido exaurimento da via processual durante a qual o respeito aos direitos e garantias individuais são indissociáveis.

Nesta seara, não pode a imposição da segregação prisional preventivamente tangenciar os clamores e o inconformismo social diante da prática de um delito, cumprindo ao Judiciário preservar sua isenção, sua posição contra majoritária, e não funcionar como via de resposta aos reclamos populares.

O conteúdo do artigo 316, do Código de Processo Penal não admite a interpretação de mera necessidade de revisão dos fundamentos da decisão preventiva, sem consequências de ordem processual ou reflexos na manutenção ou revogação do decreto prisional preventivo, quando inobservado seu conteúdo mandamental, de sorte que resta expressamente consignada sua revisão de ofício sob pena de ilegalidade da prisão.

147 *In verbis*, § 2º, do artigo 313, do Código de Processo Penal prevê: Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em 08/11/2020.

Neste ponto, cumpre trazer à baila o famigerado ativismo judicial, nas palavras de Luis Roberto Barroso148, ideia "associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes", uma posição interpretativa que não pode jamais confundir-se com discricionariedade e arbitrariedade.

Impende, pois, evitar-se que a atuação judicial exceda seus limites, invadindo competências e conferindo sentido e interpretação destoante do sentido do texto legal, com o escopo de adequar o direito às demandas sociais de combate à criminalidade, como ao clamor público.

A persecução penal tem por balizas estoicas os padrões normativos constitucionalmente consagrados que se traduzem em limitações significativas ao poder do Estado. Nesta ordem de ideias, Marco Antonio Marques da Silva149 pontua a dignidade humana como o reconhecimento constitucional dos limites da intervenção estatal na vida do cidadão, dela decorrendo os direitos fundamentais.

Eis a inafastável leitura constitucional do processo penal, que deve servir de instrumento de realização da justiça150.

Portanto, a despeito da conjuntura atual dos riscos prementes que assolam de medo a sociedade, a prisão processual deve ser aplicada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta. Antonio Carlos da Ponte151, por seu turno, adverte que:

> O respeito incontinenti ao princípio da legalidade também pode levar a determinados quadros que, avaliados isoladamente, podem ser considerados como injustos,

148 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012., p. 06. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15/11/2013.

149 SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça e Estado Democrático de Direito**. Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

150 *Ibid*, p. 2.

151 PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

como a soltura de um criminoso contumaz, irrecuperado, após o cumprimento de trinta anos de prisão. Mas, apontar tal fragilidade como argumento para o abandono do princípio discutido, consiste em acolher, por via inversa, justamente o fundamento utilizado pelos ditadores para chegar ao poder, qual seja a fragilidade da lei frente ao caso isolado.

5. CONCLUSÃO

Urge repetir, conforme o que se pode apurar neste ensaio, que a prisão cautelar não se trata de meio legal de combate à criminalidade, visto que seu objetivo é acautelar o processo, razão pela qual não se presta à antecipação de uma punição futura, da pena privativa de liberdade que eventualmente venha a ser imposta superados os regulares trâmites do devido processo legal. Eis assentando que a prisão preventiva demanda fundamentação, empiricamente demonstrável por elementos concretos, sendo ilegítima sua perpetuação por deficiências da máquina estatal.

O processo penal é instrumento de salvaguarda de direitos e liberdades individuais. Assim, pautada pela legalidade própria do modelo democrático da República Federativa brasileira, sua baliza são, e devem ser, os preceitos e princípios constitucionais erigidos em direitos e garantias fundamentais intocáveis, que não permitem, mormente à luz do fundamento republicano da dignidade humana, proclamado no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal que se transforme o indivíduo em mero objeto do braço forte do Estado.

Impõe-se, por outro lado, evitar-se retrocessos ou mesmo interpretações restritivas de direitos no contexto processual penal que não as admite por força, *a contrario senso*, do artigo 3º, do Código de Processo Penal.

É importante que se sopese que o excesso de aprisionamento não apresentou efetividade no desiderato do combate da criminalidade, à diminuição das taxas de reincidência, menos ainda ao ideal do bem comum e da Justiça material, devendo ser relembrado que na ótica democrática deve, o Direito Penal e Processual Penal serem adotados como *ultima ratio*.

É mister conciliar-se o direito à segurança e à liberdade, apartando-se do paradigma de que se tratariam de paradoxos que se excluiriam mutuamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A pseudo dicotomia interesse público e interesse individual vem incentivando a equivocada flexibilização de direitos humanos e, sob o álibi da tutela da segurança pública, o incremento punitivo, que, por sua vez, tem se mostrado infrutífero, revelando as falaciosas premissas sob as quais as políticas públicas de segurança no Brasil veem se erigindo.

O cerne da objeção que se deve pontuar é a omissão na reavaliação da prisão preventiva. Presentes seus pressupostos legais, deve ela ser mantida. Contudo, o que não parece equânime é que a omissão estatal possa perpetrar ilegalidades, aqui asseverando-se sua ocorrência, por interpretação do conteúdo do artigo 316, do Código de Processo Penal, quando o mesmo é inobservado injustificadamente.

Inexiste a abertura normativa pretendida pelos críticos do artigo 316, do Código de Processo Penal que ambicionam ver sua aplicação mitigada por critérios não preconizados pelo legislador infraconstitucional. Desponta, na verdade, um mandamento claro e explícito no tocante à irrenunciabilidade da revisão dos motivos ensejadores da prisão preventiva, o que, inclusive, se mostra consentâneo ao conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, eis que para além de determinar a revisão periódica dos fundamentos da prisão preventiva, cunhou de ilegalidade a prisão quando de sua omissão.

E, ao Judiciário, cumpre reviver o posicionamento contra majoritário, em prol da correta interpretação e aplicação da lei processual penal e, simultaneamente, da otimização dos direitos e garantias individuais constitucionais.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012., p. 06. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15/11/2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=85#:~:text=Art.,menos%20uma%20vez%20por%20ano.>. Acesso em: 10/05/2021.

_____. Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/11/2020.

_____.DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.>. Acesso em 07/11/2020.

_____. Lei nº 8.137 de 27 de novembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Lei nº 8.176 de 8 de fevereiro de 1991 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm#:~:text=1%C2%B0%20Constitui%20crime%20contra%20a%20ordem%20econ%C3%B4mica%3A&text=2%C2%B0%20Constitui%20crime%20contra,a%20cinco%20anos%20e%20multa.>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Súmula 691, do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>Acesso em 12/11/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus nº. 444077/MG. (2018/0078382-2). Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. 15/05/2018. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800783822&dt_publicacao=29/05/2018>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 591759. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 29/06/2020. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202001523319&dt_publicacao=01/07/2020>. Acesso em 15/11/2020.

_____ .Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar da Suspensão de Liminar nº 1.395/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>. Acesso em: 10/05/2021.

_____ .Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 121.286/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 13/05/2014. Disponível em: <

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265998/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 80719/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, 26/06/2001. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur19237/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 191.836/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, 3/11/2020. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1141192/false>. Acesso em; 12/11/2020.

_____ .Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus nº 130636/PR. Relator: Ministro Teori Zavascki, 15/12/2015, Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347973/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____ . Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus n. 99210/MG. Relator: Ministro Eros Grau, 28/05/2010. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178597/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____ . Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus nº 179616/SP, Relator: Marco Aurélio Mello, 29/05/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426967/false. Acesso em 09/05/2021.

_____ . Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292 (Plenário). Relator: Ministro Teori Zavascki, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 17/02/2016. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____ . Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 07/11/2019. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false. Acesso em: 09/05/2021.

_____ . Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus n. 168150/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, Redator do acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, 15/10/2019. Disponível em:<

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417094/false >. Acesso em: 09/05/2021.

_____ . Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Habeas Corpus número 83773/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, 07/12/2004. Disponível em< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92612/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº. 85.185/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, 1/.9/2006. Disponível em:< https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92843/false>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Segunda Câmara de Direito Criminal). Habeas Corpus n° 1.074.580-3/5-00, Relator: Sydnei de Oliveira Jr.. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1459714&cdForo=0>. Acesso em: 09/05/2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Segunda Câmara de Direito Criminal). Habeas Corpus nº 990.10.354266-5, Relatora Desembargadora Angélica de Almeida, 20/10/2010. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4827494&cdForo=0>. Acesso em: 09/05/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1ª ed., Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

FIUZA, César. **Direito Civil curso completo**. 2ª ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa rev. , atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais Ltda.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Saraiva.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares [recurso eletrônico].** 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Raquel. **Soltura do André do Rap não é a 1ª decisão controversa de Marco Aurélio.** Disponível em:< https://www.poder360.com.br/justica/soltura-de-andre-do-rap-nao-e-a-1a-decisao-controversa-de-marco-aurelio/>. Acesso em 08/11/2020.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NORONHA, Edgard. **Curso de direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Prisão e Liberdade.** 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In* **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século).** SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Método, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça e Estado Democrático de Direito**. Juarez de Oliveira, 2001.

_____.**Refugiados são pessoas dignas e com direitos**. Disponível em:< https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2018/12/17/refugiados-sao-pessoas-dignas-e-com-direitos/.> Acesso em: 04/11/2019.

_____. Dignidade Humana e globalização. *In* SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). **Efetividade da Dignidade Humana na Sociedade Globalizada.** São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **A Prisão Preventiva e a Garantia da Ordem Pública**. RDP Nº 4 - Out-Nov/2000 - Jurisprudência Comentada. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_89.pdf>. Acesso em 11/11/2020.

https://www.jurisite.com.br/dicionarios/dicionario-latim/#r>. Acesso em: 20/11/2020.

https://static.poder360.com.br/2020/10/decisao-Fux-revogacao-prisao-Andre-do-Rap.pdf>. Acesso em: 12/11/2020.

http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1. Acesso em: 12/01/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA JUSTA CAUSA E A HIPÓTESE DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR DESÍDIA

CASSIANO BAPTISTA MATTOSINHO: Mestrando no Curso de Direito do Trabalho no Programa de Estudos Pró-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Santa Cruz do Sul – UNISC – conveniada da Ordem dos Advogados do Brasil e Curso de Extensão em Direito do Trabalho pela Escola Superior da Advocacia – ESA/SP. Professor da Universidade de Mogi das Cruzes (UMC). Advogado.

RESUMO: Este estudo foi elaborado com o propósito de analisar os elementos caracterizadores da justa causa, bem como a forma de extinção do contrato de trabalho pela desídia, informando os seus mais relevantes aspectos. Ainda, demonstraremos o tratamento legal e jurisprudencial a respeito dessa forma de cessação do contrato. Além disso, este estudo analisará as consequências das partes envolvidas nesse término da relação de emprego.

Palavras-chaves: contrato de trabalho; cessação, extinção, justa causa, empregado; empregador.

ABSTRACT: This study was prepared with the purpose of analyzing the elements that characterize the just cause, as well as the way of extinguishing the employment contract due to negligence, informing its most relevant aspects. In addition, we will demonstrate the legal and jurisprudential treatment regarding this form of termination of the contract. In addition, this study will analyze the consequences of the parties involved in terminating the employment relationship.

Keywords: employment contract; termination, termination, just cause, employee; employer.

I. INTRODUÇÃO

O empregador poderá dispensar o empregado caso cometa falta grave contra a empresa ou colegas de trabalho. Assim, a justa causa é um ato ou procedimento errado que o empregado realiza, dando ensejo a ruptura do vínculo empregatício.

Existem três sistemas existentes nos diversos ordenamentos jurídicos, que são o genérico, o taxativo e o misto.

Genérico: autoriza que se despeça o empregado sem especificação da hipótese de enquadramento da justa causa.

Taxativo: nesse sistema as hipóteses da justa causa são determinadas, sendo que nem outra norma poderá tratar das hipóteses, pois essas ficarão a cargo da lei.

Misto: são utilizados os dois outros sistemas simultaneamente, é determinado por lei às hipóteses de justa causa só que em alguma das hipóteses é ampliado o alcance de seu enquadramento, podendo assim caber em diversos casos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema aplicado é o taxativo que determina as hipóteses de justa causa através das leis.

O jurista Gustavo Filipe Barbosa Garcia152 nos ensina que: "No Brasil, entende-se que o sistema adotado é o taxativo, pois cabe somente à lei estabelecer as hipóteses de justa causa, sendo o respectivo rol exaustivo, e não meramente exemplificativo". Ademais, para que se configure a justa causa tem que ser observados requisitos que se dividem em objetivos e subjetivos.

Subjetivos: dolo e culpa do empregado, ou seja, é a vontade do empregado. Por dolo entende-se como sendo a intenção de praticar o ato faltoso, já a culpa refere-se à imprudência, negligência ou imperícia do empregado, fazendo com que o ato faltoso acabe ocorrendo. Portanto a culpa consiste em um dever que poderia se ter conhecimento ou ter observado. A culpa é sinônima de erro de conduta, isto é, toda conduta contrária ao dever de cuidado imposto pelas normas. Objetivo é a tipicidade, gravidade, nexo de causalidade, proporcionalidade, imediação e non bis idem.

A justa causa tem que ser tipificada em lei, ou seja, o ato do empregado tem que estar enquadrado em uma das hipóteses do artigo 482 da CLT ou em outras legislações especificas.

152 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 661

Gustavo Filipe Barbosa Garcia153, assim define:

> *As hipóteses de justa causa estão estabelecidas em lei, como já destacado, não cabendo ao empregador criar novas modalidades a respeito. Observa-se aqui, portanto, o princípio da reserva legal. Não pode haver dispensa por justa causa sem a prévia previsão legal da respectiva falta grave.*

A gravidade do ato realizado pelo empregado tem que ser considerável, abalando a confiança que o empregador tem por ele. No tocante a gravidade, o professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia154, diz que:

> A dispensa por justa causa é considerada a medida punitiva mais grave que o empregador pode aplicar ao empregado, no exercício do seu poder disciplinar, o qual se encontra inserido no poder de direção. Sendo assim, a justa causa, para justificar a respectiva dispensa, deve se caracterizar pela efetiva gravidade do ato cometido, a ponto de tornar a continuidade do vínculo de emprego indesejada ou inviável para o empregador. A gravidade é, portanto, o requisito essencial na justa causa.

O nexo de causalidade é essencial para que o empregado não possa ser penalizado por faltas anteriores. Esse nexo se caracteriza quando existir a relação entre a falta e o contrato de trabalho, ou seja, deve haver uma ligação entre o ato praticado pelo empregado e o exercício das atividades decorrentes do contrato de trabalho.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia155, assim define:

> *Para a validade da justa causa e da respectiva dispensa, o ato faltoso, dotado de gravidade, deve ser a causa (origem, razão, motivo) para a dispensa. Em outras palavras, a dispensa precisa ser decorrente, especificamente, da justa causa apontada pelo empregador e praticada*

153 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 667

154 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 667

155 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 667

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *pelo empregado. O empregador não pode dispensar por justa causa o empregado quando, na realidade, a terminação do contrato não decorre de ato faltoso, o qual está sendo utilizado como mera justificativa, falsa, para o ato da dispensa.*

A proporcionalidade resume-se simplesmente em o empregador observar a gravidade da falta cometida pelo empregado e com isso aplicar a penalidade, não podendo exceder-se de forma que a torne injusta.

Mais uma vez, compartilhamos o conhecimento do mestre Gustavo Filipe Barbosa Garcia156:

> Deve existir uma relação de proporcionalidade entre o ato faltoso, praticado pelo empregado, e a sua dispensa por justa causa. Como essa medida disciplinar é considerada a de maior gravidade, só pode ser aplicada, de forma válida, se a falta praticada pelo empregado é suficientemente grave, de forma a justificar a sua dispensa por justa causa. Atos faltosos de menor gravidade, como um pequeno atraso isolado, não podem ser considerados, por si só, graves o suficiente para desde já autorizarem a dispensa por justa causa, considerada a medida disciplinar extrema. Nas referidas situações, de menor gravidade, a medida disciplinar que pode ser aplicada é a advertência ou mesmo a suspensão, conforme o caso. No entanto, a reiteração de pequenos atos faltosos, punidos com medidas disciplinares de menor gravidade (como advertências e suspensões), pode fazer com que, quando de uma última falta praticada, tenha-se a gravidade suficiente para a dispensa por justa causa.

A imediatidade é o elemento mais importante da justa causa, visto que se não utilizado em tempo correto, poderá causar a descaracterização da dispensa por justa causa. Consiste em o empregador aplicar a pena ao empregado rapidamente ou quando tomar conhecimento da falta do empregado. A descaracterização consiste em presumir-se que a falta praticada pelo empregado não foi tão grave e que por esse motivo ocorreu o perdão tácito pelo empregador.

156 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 667

Assim, podemos citar sobre o tema a lição da professora Carla Teresa Martins Romar157:

> *Imediatidade – também chamada de atualidade do ato faltoso, significa que, assim que o empregador tomar conhecimento da prática de uma falta grave, deve aplicar a punição ao empregado, dispensando-o por justa causa. O fundamento de tal requisito reside na confiança e na boa-fé que deverão existir na relação de emprego: se a falta foi tão grave a ponto de abalar a confiança que existia, a reação deve ser imediata. Deixando o empregador passar o tempo sem aplicar a punição, a impressão que se tem é de que a gravidade não foi tal e, consequentemente, ocorreu o perdão tácito.*

Para saber se houve ou não a imediatidade, deve-se considerar o momento em que o empregador tomou conhecimento da falta, e não o momento em que foi praticada. Pode até ser que haja coincidência entre esses dois momentos, como por exemplo, na justa causa de ofensas físicas, mas é possível também que somente algum tempo depois que a falta foi praticada o empregador a descubra, como, por exemplo, quando o empregado pratica ato de improbidade caracterizado pelo desvio de dinheiro ou de mercadorias da empresa.

Em relação ao prazo de aferição da imediatidade, não há qualquer critério objetivo fixado pelo legislador, ficando ao prudente arbítrio do juiz a análise e a conclusão, em relação a cada situação concreta, se houve ou não imediatidade na aplicação da justa causa. Para fazer essa análise, o juiz deve, entre outros elementos, levar em consideração as dimensões da empresa e a complexidade de organização funcional. De toda forma, é conveniente que o empregador sempre observe o menor prazo possível entre o momento em que tomou o conhecimento da falta e a dispensa por justa causa, evitando, com isso, questionamentos sobre a imediatidade da punição".

A proibição à dupla aplicação de punição pelo mesmo ato ou *non bis in idem*, parte do princípio que é vedado ao empregador aplicar pena duas vezes ao empregado por um mesmo acontecimento que tenha provocado.

157 Romar, Carla Teresa Martins – Direito do trabalho esquematizado – 7 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2021 – p. 549

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nas lições de Gustavo Filipe Barbosa Garcia158:

> O *non bis in idem* significa que a mesma falta disciplinar, praticada pelo empregado, não pode ser objeto de mais de uma punição pelo empregador. Ainda que a falta autorizasse a dispensa por justa causa, se o empregador preferiu punir o empregado com uma mera advertência ou suspensão, não será válida a dispensa por justa causa pelo mesmo fato já punido, não sendo aceito que o empregador se arrependa da pena mais branda que decidiu aplicar. O empregador não pode aplicar certa penalidade mais branda ao empregado e, em seguida, arrependendo-se, punir a mesma falta com a dispensa por justa causa, pois isso configuraria *bis in idem,* o qual é vedado.

Assim, para aplicação da justa causa devem estar presentes os mencionados requisitos, para que não se corra o risco de ser revertida a justa causa em juízo, por entender que não estão caracterizados os elementos da referida cessação do contrato de trabalho.

Trataremos, ainda, da extinção do contrato de trabalho por justa causa, que está elencada no artigo 482, alínea *e,* da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

II – DESÍDIA (artigo 482, alínea *e,* da CLT)

A desídia será caracterizada quando o empregado laborar de forma negligente, sem responsabilidades, desatento, cometendo pequenas faltas e de forma reiterada, prejudicando o andamento regular do trabalho.

A professora Carla Teresa Martins Romar159 conceitua da seguinte forma: "(..) é o ato de negligência, displicência habitual, desinteresse no desempenho de suas funções (..).

Enquanto o professor Homero Batista160 em sua CLT comentada, assim define o tema:

> Desídia no desempenho das respectivas funções é uma modalidade de justa causa associada ao baixo rendimento, desmotivação, falta de

158 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 669

159 Romar, Carla Teresa Martins – Direito do trabalho esquematizado – 7 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2021 – p. 544

160 Silva, Homero Batista Mateus da – CLT comentada – 3, ed – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 – p. 383

> empenho para o manejo da máquina ou para a sintonia do empregado na organização e nos métodos da empresa, ou, simplesmente, excesso de ausências e de atrasos, que também são sintomas da falta de comprometimento; *esconder serviço, sabotar tarefas e deixar de oferecer o rendimento esperado pela boa-fé objetiva também são reveladores de desídia.*

Observa-se que é desidioso o empregado irresponsável e não cuidadoso com o serviço que está realizando. Para caracterizar a desídia, por causa de faltas ao trabalho, é preciso que o empregado seja previamente advertido. A desídia ocorre, quando o empregado não se corrige, após ser advertido. Em regra, é necessário na desídia a repetição do mesmo ato, devendo existir a repetição de ausências e faltas durante a execução do contrato de trabalho, contudo, em algumas hipóteses poderá haver a dispensa por um único ato grave de desídia.

O eminente jurista Gustavo Filipe Barbosa Garcia161 faz considerações adequadas para esse tipo de cessação do contrato de trabalho por culpa do empregado: "(..) É frequente, nessa hipótese de justa causa, a reiteração de pequenas faltas, as quais, no conjunto, revelam comportamento desidioso e grave do empregado, autorizando a sua dispensa com justa causa." Nesses casos de reiteração, o entendimento que prevalece é no sentido de que as pequenas faltas anteriores devem ter sido objeto de punições aplicadas pelo empregador, pois, do contrário, teriam sido perdoadas, ainda que tacitamente. Ocorrendo, por fim, uma nova falta disciplinar, é que o empregador pode aplicar a justa causa.

No entanto, nada impede que uma única falta praticada pelo empregado já caracterize a desídia, no caso de se tratar de ato suficientemente grave, rompendo o elemento confiança inerente e necessário ao contrato de trabalho (...). Assim, a justa causa é todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa-fé que devem existir entre empregado e empregador, tornando assim impossível o prosseguimento da relação.

Consoante essa definição, a conduta do empregado para dar ensejo à dispensa por justa causa, deverá consubstanciar uma apreciável violação de seus deveres, de modo a eliminar ou abalar a confiança que o empregador nele depositava. Repita-se: A desídia caracteriza-se pelo comportamento negligente do empregado e pelo desleixo na execução de seus encargos, podendo inclusive, configurar-se pela prática de um só

161 Garcia, Gustavo Filipe Barbosa – Manual de direito do trabalho – 13 ed. Ed. Ver. Amp. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2020 – p. 672

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ato faltoso, desde que esse ato seja grave a tal ponto de quebrar a fidúcia imprescindível à continuidade do vínculo de emprego.

Vale ressaltar os ensinamentos do mestre Carlos Henrique Bezerra Leite162:

> "É a negligência do empregado no desempenho de suas funções. Em regra, só se configura pela reiteração de atos comissivos ou omissivos que importem em desleixo ou displicência. A jurisprudência, não raro, exige a aplicação didática de sanções anteriores (advertência, suspensão) e somente constatada a existência de tais punições é que o empregador poderá aplicar a pena capital. Ex: a falta de zelo do empregado no desempenho de suas funções diárias, o atraso reiterado ao início da jornada laboral. À vezes, um único ato do empregado pode caracterizar a desídia, como é o caso do médico que "esquece" uma tesoura dentro da barriga do paciente que acabara de operar".

Essa forma de cessação do contrato de trabalho se tem caracterizada e demonstrada se estiver bem documentada, podendo dar bons elementos ao empregador para realizar a demissão por justa causa, sem que haja a reversão na esfera judicial.

Como são diversas as dúvidas que permeiam o assunto, tentar-se-á dirimir dúvidas sobre o tema e esclarecer mais alguns pontos que justificam a desídia no nosso ordenamento jurídico. No caso concreto, necessário se faz documentar todas as atitudes geradoras desta justa causa. Condutas corriqueiras que podem gerar a justa causa por desídia são: excesso de faltas injustificadas, dormir no local de trabalho em horário de expediente, pois, o desidioso é aquele empregado preguiçoso, negligente no desempenho de suas funções, inerte, desleixado, que age com descaso às funções a ele designada, causando sérios prejuízos ao empregador.

O que caracteriza de fato a desídia, ou o desinteresse do empregado no desenvolvimento de suas funções deve-se comprovar de forma robusta, seja por reiteradas faltas leves, ou por outro motivo diverso, como a pouca produção, faltas injustificadas e produção imperfeita, o empregado que chega atrasado e/ou sai antecipadamente, falta reiteradamente, aquele que fica fora de seu posto constantemente, faz mau uso dos equipamentos da empresa e utiliza-se os meios de comunicação de forma errada, acarretando prejuízos à empresa.

162 Leite, Carlos Henrique Bezerra – Curso de direito do trabalho – 11.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019 – p. 622

Enfim, apesar de ser uma lista grande, sua comprovação pode se tornar difícil, por isso é necessário aplicar advertências escritas, as quais devem conter a assinatura do empregado. Ressalta-se que, é importante que se tenha testemunhas desta tentativa, pois no caso da recusa do empregado em assinar o documento, necessário se faz a obtenção da assinatura desta pessoa.

Devemos ficar atentos que a justa causa se tornará válida, quando por essas atitudes inadequadas do empregado, tornar-se insustentável a continuidade do contrato de trabalho, pela falta de fidúcia ou confiança do empregador. Hoje em dia, encontramos inúmeras cessações do contrato por justa causa, fundamentada na desídia. Contudo, os empregadores devem ficar atentos e possuírem provas robustas, pois o ônus será da empresa. Assim, conforme se tratou acima, a justa causa é tema cuja prova há de ser sólida o suficiente para permitir a imposição à parte obreira da pena contratual máxima.

Os nossos Tribunais Superiores, tem entendido da seguinte forma:

> (...)Na inicial, o reclamante afirma que foi demitido por justa causa, sob a alegação da empresa de que estaria "fazendo corpo mole". Aduz que jamais se comportou de tal forma, até porque, dependia de comissões, que superavam e, muito, seu salário. Explica que, na verdade, a reclamada utilizou-se do instituto da justa causa como represália, pois atuou como testemunha de outro empregado em processo trabalhista. Assevera que a empresa não agiu com proporcionalidade e imediatidade.

Pede, com base no exposto, a nulidade da justa causa aplicada, com a condenação da ré ao pagamento das verbas rescisórias faltantes e entrega do TRCT e Seguro Desemprego. Em defesa, a reclamada afirma que o obreiro foi dispensado por justo motivo, pois o próprio reclamante deixou claro que não mais faria prospecções porta a porta e que não queria mais atender aos chamados da reclamada, tendo, inclusive, bloqueado as ligações do seu líder imediato, Sr. Everton. Ressalta que não houve retaliação pelo fato o autor ter atuado como testemunha em processo trabalhista.

Explica que o reclamante externou sua intenção de se desligar da reclamada, mas não pediu demissão pois queria receber os valores rescisórios, FGTS e seguro-desemprego e decidiu que a ré iria demiti-lo de qualquer jeito. Foi então que parou de performar, vender e atender aos chamados da empresa. Destaca que o reclamante questionou à ré se havia possibilidade de ser dispensado e, diante da resposta negativa, passou a agir desidiosamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Afirma que, diante do comportamento do autor, não lhe restou alternativa senão dispensá-lo motivadamente. Após análise da prova, o juízo de primeiro grau manteve a pena de justa causa aplicada pela reclamada, pois verificou que houve a prática de falta grave por parte do reclamante. E, pelo acerto da decisão, ratifico o direcionamento adotado.

A justa causa, considerada como fato gerador da extinção contratual, é a pena máxima a ser aplicada ao empregado e vem em dissonância ao princípio da continuidade da relação de emprego, que norteia o direito trabalhista. Por isso, deve ser analisada com cautela, observando-se todos os requisitos para a sua aplicação: falta grave (tipificada no art. 482 da CLT), nexo causal, imediatidade, singularidade da punição e proporcionalidade entre a falta e a pena.

O ônus de provar a justa causa é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado; na hipótese, a ré se desincumbiu desse ônus. A testemunha obreira não tem condições de depor sobre a controvérsia, pois laborou na reclamada até outubro de 2018, sendo que a demissão do autor ocorreu em março de 2019.

Conforme se extrai do depoimento acima transcrito, resta comprovado que o reclamante, de fato, não tinha mais interesse em continuar laborando na reclamada, mas não quis pedir demissão e suportar a necessária perda patrimonial. Diante da negativa da ré em proceder com o acordo de dispensá-lo, adotou comportamento desidioso, com vistas a forçar uma demissão. Nesse contexto, importa ressaltar que não há que se falar em proporcionalidade. Em nada adiantaria ter aplicado uma penalidade mais branda, tendo em vista que a falta obreira foi premeditada com o intuito de forçar a demissão sem justa causa. Não há como se exigir que a empresa tivesse adotado uma gradação de penas, pois de nada teria adiantado. O intuito pedagógico não teria sido alcançado, pois o reclamante teria continuado se comportando, de forma irregular, para alcançar seu intento, que era justamente a despedida motivada.

Os e-mails de ID. 87aebb9, juntados pela ré, revelam comunicação efetivada no âmbito interno da reclamada, nos quais os representantes da ré discutem o questionamento do autor acerca do acordo sobre a demissão e emitem a resposta negativa da empresa, informando que cabe ao autor pedir o desligamento.

Ademais, a tese patronal ganha ainda mais força quando se observa o depoimento pessoal do autor, que em determinado momento, destaca que "em uma conversa esporádica, Éverton disse 'se não está satisfeito com a empresa faz um acordo para ir embora'".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse trecho, o próprio autor confessa que estava insatisfeito com o labor na reclamada e tencionava, de fato, desligar-se do contrato, exatamente como informado pela ré em sede de defesa.

E, diante do depoimento da testemunha patronal, que confirmou a desídia do autor, fundada na negativa de contato telefônico com o supervisor e queda no número de vendas, resta comprovada a justa causa. Destarte, considerando que a falta obreira foi grave o suficiente para a quebra do vínculo empregatício, entendo que a manutenção da justa causa é medida que se impõe.

Nesse contexto, não há que se falar em verbas rescisórias decorrentes da dispensa imotivada.

Pelo exposto, irretocável a sentença de origem que manteve a dispensa por justa causa aplicada ao reclamante.

Mantenho. PROCESSO TRT/SP: 1000374-78.2019.5.02.0025 WILMA GOMES DA SILVA HERNANDES Relatora(..)

E mais,

> (...) JUSTA CAUSA - DESÍDIA - A justa causa, segundo o ensinamento de Evaristo de Morais Filho, "é todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa-fé que devem existir entre empregado e empregador, tornando assim impossível o prosseguimento da relação". Consoante essa definição, a conduta do empregado, para dar ensejo à dispensa por justa causa, deverá consubstanciar uma apreciável violação de seus deveres, de modo a eliminar ou abalar a confiança que o empregador nele depositava. A desídia caracteriza-se pelo comportamento negligente do empregado e pelo desleixo na execução de seus encargos podendo, inclusive configurar-se pela prática de um só ato faltoso, desde que esse ato seja grave a tal ponto de quebrar a fidúcia imprescindível à continuidade do vínculo de emprego. Incide nessa falta o empregado, ocupante de função de confiança, que concorda com a emissão de cheques, sem averiguar o real destino dos valores lançados nessas ordens de pagamento, omissão que acabou por acarretar prejuízo ao empregador. (TRT3ª R - 00689-2004-053-03-00-3 RO - 7ª T - Rel.ª Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 7.04.2005)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, quando comprovado que o empregado faltou injustificadamente em dia de trabalho, além de outras condutas graves e irregulares, será passível de justa causa.

Ressalta-se, por fim, que o legislador não obriga a gradação de punições. Basta que configurada a situação tipificada grave para que o empregador fique autorizado a proceder a dispensa justificada.

Assim, se não for comprovada a conduta negligente e desidiosa imputada ao obreiro, resta que o empregador não satisfez o ônus que pesava sobre si, impondo-se afastar o justo motivo para a rescisão contratual, ou seja, há a reversão para a dispensa sem justo motivo. Em suma, se demonstrado que a empresa agiu corretamente ao dispensar o empregado, sendo que no contexto do caso (justa causa) cumpriu com todas as obrigações que lhe cabiam, a justa causa será válida e correta.

III – CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado para que se possa abranger um pouco mais estes assuntos tão polêmicos que estão diretamente relacionados ao nosso dia a dia.

No que tange a extinção do contrato de trabalho, buscamos dar uma atenção especial a desídia, para que pudesse especificar e explicar da melhor forma esse tema que está no nosso cotidiano diário.

Primeiro, buscou-se apresentar os pressupostos básicos para aplicação de qualquer cessação do contrato de trabalho por justa causa e posteriormente, o ponto central se ateve a forma de aplicabilidade especifica da modalidade desídia.

Provou-se também que as partes devem ficar atentas no seu ambiente de trabalho, mas sempre preservando o empregado que teoricamente é a parte mais fraca na relação. Mas que jamais pode ser permitido o seu abuso pela posição, e com isso lhe traga benefícios de maneira injusta.

E por fim, foi trazido um vasto número de doutrinas e jurisprudência que corrobora tudo aquilo que foi estudado durante o trabalho para que se fosse cooperar com os estudiosos do direito.

BIBILIOGRAFIA

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. : Editora LTr, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho - 13ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho - 11ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto, Manual de Direito do Trabalho - 9ª edição, Editora Saraiva, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins, Direito do Trabalho Esquematizado - 7ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILVA, Homero Batista Mateus da, CLT comentada, 3ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Internet, Jurisprudências e acórdãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ABUSO DE AUTORIDADE EM ABORDAGEM POLICIAL: UM GRITO POR JUSTIÇA DIANTE DE PRISÕES INDEVIDAS

ANA CLARA DE JESUS BARBOSA FARIAS: Graduanda do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

SARA RESENDE DE OLIVEIRA[163]

(orientadora)

RESUMO: A abordagem realizada pela polícia tem chamado a atenção da sociedade há algum tempo, devido ao aumento de casos onde há um flagrante de abuso de poder e autoridade por parte do agente estatal. Práticas violentas e persuasivas são frequentemente praticadas por esses agentes em desfavor dos cidadãos. Tal ato chegou a ser pauta de movimentos jurídicos que buscavam barrar essas práticas. Nesse sentido, emergiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.869/2019 denominada de Lei de Abuso de Autoridade que busca penalizar aquele agente da segurança pública que extrapole os limites do seu trabalho. Essas práticas delituosas podem ser facilmente analisadas sob o viés das abordagens policiais, onde os policiais acabam por cometer excessos, abusando do poder a eles concedidos para atender a interesses próprios. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo analisar a aplicabilidade da lei de abuso de autoridade em abordagem policial. Na metodologia, trata-se de uma revisão da literatura, baseada em artigos científicos, doutrina jurídica, jurisprudência e legislação vigente. Nos resultados, ficou nítido observar que as práticas de abuso de autoridade por parte dos policiais ainda estão muito frequentes, ficando claro que a Lei em estudo, ainda que necessária, não vem produzindo o efeito desejado.

Palavras-chave: Abuso de Autoridade. Abordagem. Polícia. Prisões Indevidas.

ABSTRACT: The approach taken by the police has been drawing the attention of society for some time, due to the increase in cases where there is a flagrant abuse of power and authority by the state agent. Violent and persuasive practices are often practiced by these agents to the detriment of citizens. Such an act became the subject of legal movements that sought to stop these practices. In this sense, Law nº 13.869/2019 called the Law of Abuse of Authority emerged in the Brazilian legal system, which seeks to penalize that public security agent who goes beyond the limits of his work. These criminal practices can be easily analyzed under the bias of police approaches, where the police end up committing excesses, abusing the power granted

163 Professora Orientadora do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

to them to serve their own interests. Therefore, the present study aims to analyze the applicability of the law of abuse of authority in a police approach. In the methodology, it is a literature review, based on scientific articles, legal doctrine, jurisprudence and current legislation. In the results, it was clear to observe that the practices of abuse of authority by the police are still very frequent, making it clear that the Law under study, although necessary, has not been producing the desired effect.

Keywords: Abuse of authority. Approach. Police. Undue Arrests.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Abordagem policial: realidade fática. 4. Lei de abuso de autoridade: aspectos gerais. 4.1 As mudanças trazidas pela Lei nº 13.969/2019. 5. Abuso de Autoridade em abordagem policial nas prisões indevidas. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais discutidos na sociedade atual é em relação à questão da Segurança Pública. A discussão sobre esse tema é bastante decorrente devido o número cada vez maior da violência urbana. Homicídios, execuções, tráfico de drogas, latrocínios, dentre outros crimes, são praticados diariamente nas cidades e nas regiões mais isoladas.

Uma vez ocorrido algum delito, o Poder Público possui a obrigação e o poder de resolver essa situação. É o que se chama de intervenção do Estado. Em casos bem específicos, que cause dano à sociedade como um todo, devem-se tomar algumas medidas para solucionar esse problema instalado. No caso em tela, encontra-se o uso da força policial como medida imediata para combater a criminalidade e a diminuição da violência.

Ocorre que na prática, o que se tem observado é o chamado abuso de autoridade, quando o agente policial no exercício de sua função envolve ato praticado com excesso descabido, inadequado a omissão policial, injusto e até mesmo ilegal, porque em desacordo com a obrigação institucional, é cometido contra alguém que deveria zelar da própria corporação.

Apesar de benéfica, a denominada Lei de Abuso de Autoridade tem na doutrina jurídica e na esfera política, entendimentos diversos. De um lado encontram-se entendimentos que consideram alguns artigos inconstitucionais; para outros essa lei traz o rigor necessário para que ações dos órgãos públicos sejam corretos e eficazes, evitando um comportamento inadequado e para além de sua limitação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com base nesse contexto, o respectivo estudo tem como escopo discutir sobre o abuso de autoridade em abordagem policial. Busca-se apresentar quais ações caracterizam o abuso de autoridade por parte de policiais e principalmente quais os efeitos que essas atitudes trazem aos cidadãos, que muitas vezes são vítimas de prisões indevidas. Tendo como fundamentação jurídica a norma supracitada, também se objetiva em discorrer sobre as penalidades e sanções impostas a esses profissionais.

A problemática desta pesquisa reside em detectar se a nova Lei do Abuso de Autoridade é efetiva ou não, bem como identificar possíveis consequências negativas ou positivas.

Insta salientar que não é foco dessa pesquisa sanar todos os pontos normativos e as consequências da respectiva norma, haja vista que ela só começou a entrar em vigor em Fevereiro de 2020, portanto ainda não há como medir o seu real impacto na prática. O que se busca é analisar essa lei e apresentar os pontos que podem ser importantes no exercício laboral das autoridades desde a sua entrada em vigor.

2. METODOLOGIA

Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. Para Koller et al. (2014, p. 40) revisão de literatura "caracteriza-se por avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada".

A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos, dentre outros, onde se buscou material que colocasse a tona o posicionamento de doutrinadores e da jurisprudência, com o intuito de se trazer uma nova abordagem ao tema tratado.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os dias 01 a 28 de fevereiro de 2021. Os descritores foram: Abuso de Autoridade. Abordagem Policial. Legislação Brasileira. Jurisprudência.

3. ABORDAGEM POLICIAL: REALIDADE FÁTICA

No Brasil, é perceptível que a violência urbana e a criminalidade estão entre os maiores problemas enfrentadas pela sociedade e pelo Poder Público. Diariamente milhares de cidadãos são vítimas de homicídios e de todo tipo de crime. Nesse espectro situacional, se destaca os delitos cometidos nas ruas e em espaços públicos das cidades, aos quais são analisados pelo olhar do agente policial.

Antes de prosseguir com essa temática, é importante destacar que a segurança constitui um direito fundamental de todos os cidadãos, conforme expresso no art. 5º,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

caput do texto constitucional. No caso da segurança pública, está ligada diretamente ao dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144 da Constituição Federal de 1988). Para efetivar essa segurança, o constituinte originário concedeu aos órgãos policiais os deveres de prevenir (polícia administrativa) e reprimir (polícia judiciária) infrações penais (HOFFMANN; FONTES, 2017).

Ao exercer o seu ofício, dentre outras funções, cabe às forças de segurança a abordagem policial, que também é denominada de busca pessoal. Bezerra; Agnoletto (2017, p. 21) explicam que na busca pessoal – realizada com fundamentada suspeita de ocorrência de algum delito, nos termos do artigo 240 do Código de Processo Penal – "deve ser feita em diferentes níveis conforme o grau de ameaça, seguindo o uso proporcional da força (desincentivando o uso de expressões pejorativas como dura e baculejo).

Em termos conceituais, a abordagem policial é um ato administrativo imperativo, autoexecutório e presumidamente legítimo. Significa o exercício prático do poder de polícia estatal frente à limitação da liberdade individual ou da propriedade em razão da proteção do interesse público (MARINELA, 2016).

Por conta da prerrogativa constitucional da sua atividade, os policiais militares são os profissionais de segurança pública que mais realizam as revistas diárias nas vias públicas, na modalidade preventiva. Esse fato ainda que legítimo, tem sido pautado por ações que extrapolam os limites de sua função.

Muito tem se observado que os policiais de modo geral vêm agindo de modo arbitrário e coercitivo em nome de garantir o interesse coletivo. Agressões desnecessárias, desrespeito à dignidade da pessoa humana, violência física e verbal exagerada, dentre outras atitudes, tem emitido o alerta de que a abordagem policial não vem sendo realizado de modo proporcional e correto.

De acordo com Magalhães (2018) não é difícil encontrar nas redes sociais e em outros veículos de comunicação, vídeos e imagens de flagrantes de abordagens policiais inadequadas ou inapropriadas, demonstrando nitidamente o despreparo para a profissão das autoridades policiais em todo o Brasil.

Com tais atitudes, é perceptível verificar que há um excesso de poder exercido pela polícia no Brasil. Sendo assim, há uma não observância na proporcionalidade e a razoabilidade. Muitos agentes revestidos pelo poder de polícia cometem atos além das suas limitações. São profissionais que se valem dos seus poderes jurídicos garantidos para efetivar objetivos que não estão na lei (CARVALHO, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dentro desse abuso de poder, tem-se como espécie o chamado excesso de poder, que nas palavras de Camargo (2018, p. 25) ocorre quando "há o extrapolamento pelo agente administrativo dos limites conferidos em lei, atuando de maneira excessiva".

A título de exemplo, tem-se a situação onde ao realizar uma fiscalização de trânsito, o agente utiliza da força física e age com desprezo com o particular sem ter uma motivação plausível. Nota-se que há um excesso de poder, pois esse mesmo agente poderia realizar o seu serviço sem necessariamente desrespeitar o particular.

Em outro exemplo, cita-se:

> [...] como exemplo de excesso pela intensidade da medida de polícia pode-se citar o emprego de violência para dissolver reunião não autorizada, porém pacífica, enquanto que por extensão da medida de polícia configura-se a apreensão de todos os exemplares de jornal, por prejudicial à moralidade, quando a medida necessária ao fim que se pretendia era unicamente impedir a sua distribuição nos locais em que o bem jurídico fosse realmente ofendido (MELLO, 2010, p. 843).

Quando se realiza uma ação que excede ao poder inerente, se está exercendo uma estrapolação na competência dada pela lei para o cumprimento correto das normas sociais. Nos dizeres de Carvalho Filho (2014, p. 48) o "Excesso de poder é a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa".

Nesse sentido, o que se pode verificar dentro desse tema é que a faculdade repressiva não é ilimitada. Ela está sujeita a delimitações jurídicas, aos quais cabe mencionar: os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis (SENE, 2017).

Assim como os direitos individuais gozam de relatividade, do mesmo modo o poder de polícia jamais poderá colocar em perigo bens tutelados ao longo da história como conquistas democráticas, sob pena de sua utilização excessiva resultar em abuso de poder. Restando, pois, o controle jurisdicional do ato de polícia (SENE, 2017).

Buscando efetivar esses direitos fundamentais, adentrou no regimento jurídico a Lei de Abuso de Autoridade, o que será analisado no tópico seguinte.

4 LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ASPECTOS GERAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O histórico de abuso de autoridade no Brasil não é recente. Já em 1965 foi promulgada a Lei nº 4.898 ao qual regulava o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos do crime de abuso de autoridade. Cabe lembrar, que no surgimento desta norma, o país vivia um período de ditadura, causado pelo golpe militar de 1964, onde os militares assumiram o poder (SANTANA, 2016).

Esse período fora marcado por turbulências, uma vez que se flagrava atos de tortura, de censura artística e política, de violência extrema, de limitação do direito de liberdade e de locomoção, dentre outros atentados aos Direitos Humanos. Portanto, o período em que a presente norma estava em vigor era justamente um dos períodos marcados pelos excessos do poder de autoridade, exercido nesse caso pelos militares (SANTANA, 2016).

No texto dessa lei, em seu art. 5º entendia-se como autoridade "quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração" (BRASIL, 1965). Assim, pode ser considerada autoridade qualquer funcionário público.

No mesmo texto, traz o significado do que representa o abuso por parte da autoridade: qualquer forma de atentado a uma série de direitos do cidadão, tais como a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício do culto religioso, dentre várias outras (BRASIL, 1965).

Mesmo sendo necessária a sua criação nesse período, desde a volta da democracia no país em 1985 e firmada em 1988 com a promulgação da Constituição Federal atual, a sociedade, a política e os costumes mudaram significamente. Com isso, foi necessária uma atualização do texto da lei que vigorava sobre o tema em estudo.

Nesse ponto, em 2009 o Senado começou a discutir a importância em atualizar o texto normativo que discorria sobre o Abuso de Autoridade, haja vista que a lei anterior tratava a matéria de maneira genérica e superficial.

Anos depois, foi editado o Projeto de Lei nº 280/2016 que trouxe novas mudanças a esse tema, como por exemplo, a sua penalidade, que variam de três meses a cinco anos de prisão e multas (SILVEIRA; BLUME, 2016).

Apesar disso, o Projeto de Lei (PL 7.596/2017) alterou alguns pontos do antigo projeto, o que trouxe uma série de críticas. A título de exemplo, o Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) argumentou que esse projeto limitava a autoridade e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prejudicaria a independência do Ministério Público, do Poder Judiciário e principalmente dos agentes policiais (BRASIL, 2017).

Depois de 9 artigos vetados, foi promulgada a nova Lei nº 13.869/2019 de alcunha Lei de Abuso de Autoridade, que substituiu a antiga Lei nº 4.898/65, dentre outras, e que trouxe significativas mudanças nesse tema, que será explanado no tópico seguinte (MARQUES; MARQUES, 2019).

4.1 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.869/2019

A Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019 é a mais nova norma a regular o tema em estudo. Em seu art. 1º traz o seguinte texto:

> Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.
>
> § 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.
>
> § 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.
>
> (BRASIL, 2019)

Com base nesse artigo, nota-se inicialmente que a norma começa a deixar claro quem são os agentes que cometem abuso de autoridade, assim como define o que seja esses abusos. Novamente, o conceito é entendido como aquele onde o agente público ou servidor pratica atos cujo objetivo seja a de prejudicar outrem (BRASIL, 2019).

Cabe mencionar que, pelo trecho desse artigo, o dolo aqui passou a ser específico, ou seja, se consagra a finalidade de "prejudicar outrem" ou "beneficiar a si mesmo ou a terceiro", ou agir por "mero capricho" ou por "satisfação pessoal" (BRASIL, 2019).

É o que também assenta a jurisprudência; a saber:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE ATIVOS EM NOME DO DEVEDOR VIA BACENJUD. POSSIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. O sistema BACENJUD é uma ferramenta que possibilita a rápida comunicação entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, facilitando o bloqueio de valores do devedor e a requisição de informações entre os participantes. É, assim, imprescindível para que a execução chegue a seu termo, com a satisfação do crédito mediante a entrega do dinheiro ao credor. A utilização desse mecanismo, portanto, não pode configurar crime de abuso de autoridade. **De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei 13.869/2019, para a configuração das condutas enquadráveis como crime de abuso de autoridade, exige que a sua prática tenha se dado com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal,** não sendo, pois, o caso dos autos. Outrossim, para configurar crime de abuso de autoridade, faz-se necessário que a indisponibilidade de ativos financeiros seja decretada em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida, não constituindo qualquer infração, portanto, a indisponibilidade dos valores indicados pelo credor como necessários para a satisfação do crédito, como dessume da interpretação literal da Lei 13.869/2019. Reforma da decisão agravada para permitir a penhora de ativos em nome do devedor via BACENJUD.AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME.(TJ-RS - AI: 70083977306 RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Data de Julgamento: 02/09/2020, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: 08/09/2020). (grifo meu)

Nucci (2019) ao explicar esse ato, traz o seguinte exemplo: agente público que prenda determinado cidadão com a finalidade de prejudicá-lo. Soma-se a isso o fato desse agente tirar proveito dessa prisão, motivado também por satisfação pessoal.

O § 2º nos traz que quando houver uma divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, isso não configura abuso de autoridade. Novamente Nucci (2019) nos explica que em uma situação onde dois magistrados possuem correntes de entendimento diferentes, como prender ou soltar um indivíduo, não se configura abuso de autoridade, uma vez que isso é apenas posicionamento diverso e não crime em si.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A presente lei também traz como novidade, a possibilidade de indenização para a vítima. Esta é delimitada na sentença penal, **desde que o ofendido assim tenha requerido** (LEITE, 2019).

Destaca-se também que o sentenciado por tal crime pode tornar-se inabilitado para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos, além de perder o cargo, mandato ou função pública (BRASIL, 2019).

A par de outros artigos, o que se nota perante essa nova lei é que o legislador evidenciou uma maior proteção aos cidadãos diante de uma configuração do crime em contento. Também foi abarcado no conjunto de artigos, ações como a decretação coercitiva de testemunhas ou investigados num período anterior ao da intimação, ou realizar condutas sem a devida autorização judicial (ANGELO, 2020).

Cabe destacar que membros do Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, de tribunais ou conselhos de contas também podem ser alvos de penalidades (BRASIL, 2019).

5. ABUSO DE AUTORIDADE EM ABORDAGEM POLICIAL NAS PRISÕES INDEVIDAS

Conforme expresso no tópico anterior, a legislação brasileira tem adotado medidas legislativa no combate ao abuso de autoridade por parte da polícia, principalmente nas abordagens. Dentre todo o sistema de Segurança Pública, a Polícia Militar (PM) ganha destaque nesse tema, porque é por meio dela que se encontra a função preventiva.

Ocorre que na prática, ainda que a lei esteja ampliando o leque de possibilidades sobre o abuso de autoridade policial e suas penalidades, a sociedade ainda assiste a casos onde há um flagrante de violência destemida e desnecessária de policiais à civis.

Isso faz com que ainda se discuta a respeito do despreparo ou usurpação de função da Polícia Militar (PM), perante as suas abordagens. Apenas no Estado de São Paulo, de acordo com a Ouvidoria da corporação da Polícia Militar, no primeiro semestre de 2020, houve 208 queixas de abuso de autoridade de policiais militares (LOPES, 2020).

A grande maioria das queixas apresentadas remete à ação truculenta de policiais militares aliada a prisão indevida. Este último tem-se mostrado um fator importante nesse cenário. Uma vez que já é possível afirmar que a abordagem policial no Brasil em sua maioria é de forte apelo violento e intimidador, após esse ato, há ainda a prisão indevida de cidadãos. Ou seja, não basta maltratar, tem que prender indevidamente (LOPES, 2020).

Cabe salientar que no sistema processual penal, a prisão para ser efetivada depende de uma série de procedimentos. A título explicativo, após a prisão feita por uma abordagem policial, o cidadão deve ser levado ao delegado da área (que decide manter ou não a prisão), depois é, ainda, submetida a audiência de custódia perante o Judiciário. Esses dois últimos pontos têm por objetivo evitar erros e não manter presa a pessoa ilegalmente (COGAN; SILVA, 2019).

No entanto, até o cumprimento desses procedimentos, o cidadão fica encarcerado em prisões preventivas. Muitas delas, porém, são feitas de forma indevida, o que atinge diretamente os princípios da liberdade e principalmente da Dignidade da Pessoa Humana.

A abordagem policial além de truculenta e agressiva também resulta em prisões indevidas. A jurisprudência brasileira, inclusive, há anos vem penalizando essas ações ilegais por parte da polícia. Para exemplificar essa afirmativa, cita-se o seguinte julgado:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2. **Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir**. 3. **O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente**, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido (REsp. n.º 220.982/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 22/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 116).

Nota-se conforme o julgado acima, que além de caracterização da prisão indevida ocorrida, emerge o direito indenizatório por parte do Estado em face do cidadão, uma vez que essa ação atenta claramente os preceitos pregados pelos Direitos Humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A esse respeito, importante mencionar a fala de Moraes (2017, p. 152) que ao conceituar os Direitos Humanos explica que "são direitos relacionados aos valores liberdade e igualdade positivados no plano internacional". Ou seja, quando existe uma violação à dignidade do indivíduo, surge de imediato uma violação aos Direitos Humanos. Nos casos de agressão destemida, violência verbal ou mesmo prisão indevida exercida por um policial numa abordagem, há de fato uma agressão aos Direitos Humanos.

Nesse sentido:

> [...] há um liame que diferencia a abordagem legal, da abordagem ilegal, quando ocorre utilização indevida, por despreparo de alguns policiais, ou quando, dolosamente, marginais transvestidos de Estado se utilizam desse recurso legitimado pela sociedade para exercer condutas criminosas, depreciando a dignidade e os direitos individuais do homem e marginalizando um instrumento de disseminação da segurança, com o intuito de satisfazer seus sadismos, ou propagar a violência gratuita, através de agressões, abusos e humilhações físicas e morais, além de outras condutas inaceitáveis (CORREIRA, 2016, p. 02).

Na visão de Maia Neto (2009, p. 02) "o abuso de poder e de autoridade de policiais são delitos graves que lesionam a humanidade, em geral vítimas diretas e indiretas, razão pela qual poderiam ser crimes imprescritíveis, contra a ordem constitucional e o Estado democrático".

Portanto, ao conceder o dano moral nesses casos, as Cortes brasileiras têm entendido que, a prisão indevida praticada por autoridade policial viola os princípios e direitos fundamentais da Constituição, como dignidade da pessoa humana, honra, imagem e liberdade. O desrespeito à dignidade da pessoa humana nesses casos, não pode ficar impune, razão pela qual o cidadão ofendido faz jus ao ressarcimento integral dos danos morais sofridos pela indevida mácula à sua honra, imagem e liberdade, decorrente de sua prisão indevida.

Frente a essa questão, o presente estudo defende uma maior penalização por parte da lei aos agentes policiais que durante uma abordagem excedem nas suas prerrogativas, sob 'desculpa' de estar cumprindo o seu dever legal. Tal razão não pode dar ensejo a agressões, ao descaso e maltrato ao indivíduo, que ainda não enfrentou o devido processo legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, é imperioso estabelecer que a Lei de Abuso de Autoridade, em que pese a sua importância e finalidade, deva ter um maior rigor na questão do aumento de penas para os agentes abusadores a fim de causar 'medo' para aqueles que usam o poder para outros fins diversos do seu cargo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mostrado no início desse estudo, muito tem se observado que os policiais de modo geral vêm agindo de modo arbitrário e coercitivo em nome de garantir o interesse coletivo. Agressões desnecessárias, desrespeito à dignidade da pessoa humana, violência física e verbal exagerada, dentre outras atitudes, tem emitido o alerta de que a abordagem policial não vem sendo realizado de modo proporcional e correto.

Buscando resolver tal questão, no âmbito legislativo houve um avanço sobre a matéria de abuso de autoridade exercida por agentes de segurança pública. Nesse sentido, em 5 de setembro de 2019 foi promulgada a nova Lei nº 13.869 de alcunha Lei de Abuso de Autoridade, que substituiu a antiga Lei nº 4.898/65.

Esta lei trouxe importantes renovações no que diz respeito às práticas abusivas de servidores públicos e autoridades. Dentre as inovações apresentadas, têm-se as medidas administrativas (perda ou afastamento do cargo), cíveis (indenização) e penais (detenção, prestação de serviços ou penas restritivas de direitos). A penalização dessas ações delitivas chegam até 4 anos de reclusão.

Ocorre que apesar da sua importância e da sua necessidade de estar em vigor, caso houvesse uma maior penalização por parte desses agentes, poderia esta lei ter maior efetividade, uma vez que na prática ainda é possível encontrar inúmeros casos de abusos cometidos por policiais em suas abordagens.

Essa questão deve ser sempre discutida, principalmente quando se verifica um flagrante atentado aos preceitos defendidos pelos Direitos Humanos, em especial a proteção à dignidade e liberdade de cada cidadão.

Fica nítido considerar que a prisão indevida é uma das mais graves ações cometidas por esses agentes, e a que mais representa o desrespeito ao semelhante, haja vista que além de sofrer violência física e moral, o ofendido sofre a limitação da sua liberdade de forma errônea e desleal.

Para isso, entende-se que haja uma maior penalização a esses agentes, que por ora ainda continuam a praticar atos alheios ao seu ofício, sentido-se deuses e acima da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Tiago. **Catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor**. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta. Acesso em: 28 mar. 2021.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso. ***Busca e Apreensão***. Rio de Janeiro: Mallet, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (MPRJ)**. Lei de Abuso de Autoridade. 2017. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/lei-abuso-de-autoridade. Acesso em: 27 mar. 2021.

CAMARGO, Marcelo. **Poder de polícia: possibilidade de delegação**. 2018. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/poder-policia-possibilidade-delegacao.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

COGAN, Bruno Ricardo; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Considerações sobre o abuso de autoridade:** desenvolvimento histórico e atualidades. Revista DIREITO UFMS. Campo Grande, MSv. 5 n. 2 p. 270 – 293. jul./dez. 2019.

CORREIRA, Lauro Chamma. **Busca pessoal e abordagem policial tem previsão legal?** 2016. Disponível em: https://laurochammacorreia.jusbrasil.com.br/artigos/388119560/busca-pessoal-e-abordagem-policial-tem-previsao-legal. Acesso em: 15 mar. 2021.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Cidadão tem o direito de filmar abordagem policial**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-03/academia-policia-cidadao-direito-filmar-abordagem-policial. Acesso em: 18 fev. 2021.

KOLLER, Silvia H. DE PAULA COUTO, Maria Clara P. HOHENDORFF, Jean Von. **Manual de produção cientifica**. Porto Alegre: Editora Penso, 2014.

LEITE, Gisele. **Lei de Abuso de Autoridade**. 2019. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27966122_LEI_DE_ABUSO_DE_AUTORIDADE_1.aspx. Acesso em: 25 mar. 2021.

LOPES, Eliseu Soares. **Erros e abuso de autoridade em prisões**. 2020. Disponível em: https://correio.rac.com.br/_conteudo/2020/10/campinas_e_rmc/1014631-erros-e-abuso-de-autoridade-em-prisoes.html. Acesso em: 20 mar. 2021.

MAGALHÃES, Mariana Cardoso. **As abordagens policiais inapropriadas e o desrespeito aos direitos fundamentais e individuais**. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/283156/as-abordagens-policiais-inapropriadas-e-o-desrespeito-aos-direitos-fundamentais-e-individuais. Acesso em: 28 fev. 2021.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Abuso de poder e de autoridade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 jan. 2009.

MARINELA, Fernanda. ***Direito Administrativo***. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Ivan; MARQUES, Gabriela. ***A nova lei de abuso de autoridade. Lei 13.869/2019 – Comentada artigo por artigo***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A nova lei de Abuso de Autoridade**. 2019. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2019/10/04/nova-lei-de-abuso-de-autoridade/. Acesso em: 15 mar. 2021.

SANTANA, Jonathan. **Abuso de autoridade: Lei 4.898/65**. 2016. Disponível em: https://fsjonathan.jusbrasil.com.br/artigos/313016579/abuso-de-autoridade-lei-4898-65.Acesso em: 02 abr. 2021.

SENE, Thais Sanson. **O exercício do poder de polícia pela Administração Pública sob a luz do princípio da proporcionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 ago.

2017. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589650&seo=1. Acesso em: 20 fev. 2021.

SILVEIRA, Matheus; BLUME, Bruno André. **Abuso de autoridade: o que é o novo projeto de lei e quais os possíveis impactos na operação lava jato?** 2016. Disponível em: https://www.politize.com.br/lei-abuso-de-autoridade-reforma/. Acesso em: 03 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ATIVISMO JUDICIAL E SUA EXPANSÃO DE PODER

GUSTAVO OLIVEIRA DE SOUZA

ROBERTO MARIO RASO

(coautor)

RESUMO: O presente artigo visa abordar a tripartição e harmonia entre os poderes no âmbito da União, seu surgimento, atuação e o elevado protagonismo tomado pelo Judiciário. A obra literária O Espirito das Leis, de Charles de Montesquieu, Filosofo Frances Iluminista e Professor, do século XVIII, defende a tripartição dos poderes em: Executivo, Legislativo e Judiciário. Obra, que busca mostrar que o poder gerido por uma única pessoa gera um Estado Absolutista e um Governo autoritário. Já o poder dividido por mais pessoas, poderes independentes, reduz a possibilidade de abusos. O Brasil, em sua democracia, adota o princípio da separação dos poderes, que é clausula pétrea presente no texto constitucional não sendo possível sua alteração. O poder é indivisível, pois esse emana do povo. Traz o artigo 2° da Constituição Federal, a independência e harmonia entre os poderes. Cada qual com sua função típica, mas também agindo como limitador de crescimento uns dos outros. Adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento descritivo, a pesquisa bibliográfica, pois se busca na doutrina elementos para a compreensão do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Harmonia. Legislativo. Executivo. Judiciário.

ABSTRACT: This article aims to address the tripartition and harmony between the powers within the Union, their emergence, performance and the high role taken by the Judiciary. The literary work The Spirit of Laws, by Charles de Montesquieu, French Illuminist Philosopher and Professor, from the 18th century, defends the tripartition of powers in: Executive, Legislative and Judiciary. Work that seeks to show that the power managed by a single person generates an Absolutist State and an authoritarian Government. Power divided by more people, independent powers, reduces the possibility of abuse. Brazil, in its democracy, adopts the principle of separation of powers, which is an essential clause present in the constitutional text and its amendment is not possible. Power is indivisible, because it emanates from the people. It brings article 2 of the Federal Constitution, the independence and harmony between the powers. Each with its typical function, but also acting as a growth limiter for each other. The hypothetical-deductive method of approach is adopted and, as a method of descriptive procedure, a bibliographic search, as the doctrine seeks elements for understanding the theme.

KEYWORDS: Separation of Powers. Harmony. Legislative. Executive. Judiciary.

SUMÁRIO: 1Introdução - 2. Separação dos Poderes e Ativismo Judicial: 2.1Princípios da Separação dos Poderes; 2.2 Surgimento e Conceito de Ativismo Judicial; 2.3 Fundamentos do Ativismo Judicial; 2.4 Ativismo Judicial e Supremo Tribunal Federal; 2.5 Critica a Expansão da Intervenção Judicial. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O poder soberano é do povo, e não daquele que é indicado por representante eleito para ocupar cadeira em corte superior, pois a República é um Estado democrático de direito.

De acordo com o art. 2º, da Constituição Federal de 1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, sendo que cada qual exerce um papel diverso na sociedade brasileira. Contudo, nos últimos anos, no Poder Judiciário, decisões são tomadas com ingerência no âmbito de atuação de outro poder, corroborando no fenômeno do ativismo judicial, consubstanciado no maior protagonismo do Judiciário.

Consiste o ativismo judicial, em extrapolar o âmbito de atuação do Judiciário, com a prolação de decisões que acabam por interferir na esfera dos demais poderes, em especial do Legislativo, como comumente se tem visto nas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o ativismo judicial é perigoso, pois acaba por propiciar certa insegurança jurídica às decisões, eis que o juiz de direito acaba por não pautar sua decisão com base no ordenamento jurídico brasileiro, não raras vezes invocando suas convicções pessoais, diante da ausência legislativa sobre determinado assunto.

É nesse contexto que se situa esse estudo, que tem por objetivo analisar a atuação do Judiciário brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque do chamado ativismo judicial e do constitucionalismo contemporâneo.

O direito aqui é instituído de forma democrática, os poderes se complementam, interagem e se fiscalizam. Fiscalizar sim, invadir a esfera de atuação do outro não. Postura essa que se ocorrer é um flagrante desrespeito a Magna Carta.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL

No cenário, marcado pela concentração de poderes da França absolutista do século XVI a XVIII é que surge a figura do Barão de Montesquieu, autor do conceito clássico de separação dos poderes e pensador de enorme influência na organização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

política dos estados já à sua época. Sua nova proposta de forma de governo é sintetizada por Souza Júnior (2002, p. 26-27) nos seguintes termos:

> *[...] propõe um modelo institucional, uma receita juspolítica (senão para todo o Ocidente, pelo menos para a sua França), que viabilizasse, pela Constituição, a liberdade encontrável na Inglaterra. O modelo pode ser condensado na seguinte fórmula: (a) dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes (Rei, Parlamento e Juízes), (b) atribuindo-se a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política (função executiva, função legislativa e função judicial) e (c) de uma forma a mais separada ou pura possível, posicionando os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções), em um quadro de relações recíprocas, reforçado por mecanismos adicionais de travamento - a independência e a harmonia, de que falam, ainda hoje, vários textos constitucionais.*

Os poderes foram criados para se frearem, surgindo assim à tripartição dos poderes, o Sistema de Freios e Contrapesos. O Poder Legislativo tem em sua função típica de legislar, criando leis que atendam aos anseios da sociedade, o Legislador, escuta, pensa e diz qual o direito necessário para a sociedade. É também sua função típica a de fiscalizar. Mas, possui também funções atípicas que são a de administração própria e também julgadora em casos de crime de responsabilidade praticados pelo Executivo.

Já o Executivo tem como função típica exercer uma governança, administrando o Estado, executar o que determinam as leis vigentes, com isso atendendo as necessidades da população. Já como atípico esse pode legislar através de atos normativos como Medidas Provisórias, Decretos, Leis Delegadas e normatizando leis.

O Poder Judiciário tem como função típica julgar resolvendo os conflitos a este colocados exercendo a jurisdição. Já como atípica este legisla e administra. Isso quando um Tribunal elabora seu Regimento interno e abre concursos públicos.

O Judiciário nunca possuiu tanto destaque como nos dias atuais. Infelizmente não só por sua atuação como casa de poder, mas sim por sua intromissão nos demais poderes, alegando enxergar com seus olhos uma omissão e ate incompetência do Executivo e Legislativo. O faz, fugindo do seu fiel proposito, que é o de se manter vigilante, presente e ativo, e não buscar expandir sua área de atuação e esfera de poder.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar como já exposto, que os poderes gozam de função típica e atípica, mas uma atipicidade não configura brecha constitucional e difusão de poder. Nossa Corte Suprema caminha construindo uma pirâmide de poder, onde o Executivo e Legislativo figuram como peças terrenas e o Judiciário atual se estabelece sozinho no topo. Colocado lá por si próprio, e não investido pelo constituinte.

O texto constitucional é claro ao tratar os poderes de forma que não exista hierarquia entre os mesmos. Segundo Flávia Messa (2018, p.41)¨O direito constitucional é o *ponto de apoio* das demais disciplinas jurídicas. É o *tronco* do qual se separam os demais ramos, dando as coordenadas da vida jurídica do Estado¨.

De fato, são ainda mais relevantes os dois princípios quando entendidos no contexto do sistema de freios e contrapesos, isto é, o sistema de mecanismos interior ao funcionamento dos poderes que, de forma legítima, interferem na atuação um dos outros. A independência, portanto, não deve ser entendida de forma absoluta, uma vez que, por determinação constitucional é conferido a cada um dos poderes certa gerência sobre os outros. Já a harmonia se refere ao modo de exercício do poder, que não pode se utilizar das prerrogativas de interferência para garantir mais poder a si e, consequentemente, menos ao outro.

É justamente pelo sistema de pesos e contrapesos que o poder controla o poder, como concebeu Montesquieu. E, sobre a consagração de tal princípio no direito brasileiro, Ferraz (2007, p. 52) elucida:

> *[...] os membros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República e se submetem à aprovação pelo Senado Federal, as leis aprovadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo se submetem ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade é de competência do Senado Federal, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal, e assim em diante.*

2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Os princípios da harmonia e independência norteados por Montesquieu estão dispostos também no atual artigo constitucional que versa sobre a questão, cláusula pétrea, qual seja o art. 2º da Constituição Federal de 1988, que de forma expressa determina a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Silva (2019, p. 110) assim define o princípio da independência:

> *[...] significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.*

Já o princípio da harmonia, segundo Canotilho e Moreira (1991, p. 71) pode ser compreendido nos seguintes termos:

> *[...] compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do Poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade do Estado (statesmanship).*

A independência entre os poderes significa distribuir entre eles as funções essenciais a ser prestada pela União, uma melhor governabilidade da nação. Segundo Hack, (2012, p.164)

> A tripartição, além desse caráter prático, também se destina a fazer com que cada um dos poderes seja controlado pelos demais, de forma que não haja uma excessiva concentração de poder e exista um controle efetivo da coisa pública pelo próprio Estado.

2.2 SURGIMENTO E CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A primeira questão a se ressaltar, nesse ponto, como lembra Barroso (2017), é que a expressão "ativismo judicial" foi cunhada nos Estados Unidos e empregada, sobretudo para relatar as decisões da Suprema Corte durante os anos de 1954 e 1969, quando ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação às práticas políticas nos Estados Unidos, culminando numa jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

Uma das práticas que mais tem chamado a atenção dentro da interpretação e aplicação do Direito, em especial no que se refere à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem sido o fato a que se tem levado o Poder Judiciário, principalmente dentro do Supremo Tribunal Federal, a proferir decisões de cunho normativo. O ativismo judicial, como é chamado, é tido como o fato de exercer funções para além dos limites impostos pelo ordenamento.

Segundo os ensinamentos de RAMOS (2013, p. 308), ativismo judicial é o:

> "exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios subjetivos [...] e controvérsias jurídicas de natureza objetiva [...]".

Semelhantes são os ensinamentos de Moraes (2019, p. 21), que pontua:

> *A partir da constatação de cinco significados, o fenômeno sob investigação pode ser examinado como (i) "prática utilizada para atacar os atos emanados de outros Poderes do Estado, com constitucionalidade defensável", (ii) "estratégia de não aplicar os precedentes", (iii) "afastamento dos cânones de interpretação", (iv) "conduta de legislar a partir dos tribunais" ou (v) "julgamento predeterminado a um fim".*

E o autor filia-se à corrente que defende ser o ativismo judicial um método de criação judicial do Direito para além da lei, mas dentro da noção de justiça (MORAES, 2019).

Já Barroso (2010, p. 84) define o ativismo judicial como "postura do intérprete, de modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para além do legislador ordinário".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, o ativismo judicial, em apertada síntese, consiste na atuação proativa do Poder Judiciário, ou seja, está associada à participação mais ampla e intensa deste Poder na defesa, aplicação e concretização dos valores constitucionais.

2.3 FUNDAMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Barroso (2010), o fim do período ditatorial e a promulgação da Constituição Federal de 1988 apresentaram condições propícias para o desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil. De fato, inúmeras são as decisões, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que demonstram claramente a postura proativa do Poder Judiciário.

Segundo Mello (2012), o Judiciário assumiu uma conotação quase normativa nos últimos anos, com decisões que obrigam o Estado, sobre um olhar mais crítico, a agir em questões que, num primeiro momento, não seriam de responsabilidade do Poder Judiciário.

Por fim, vale ressaltar que, para Barroso (2017), o fundamento do ativismo judicial é a atuação mais progressista, ampla e intensa decorrente da crise vivenciada pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, mormente quanto à consagração dos direitos fundamentais.

2.4 ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com Moraes (2019), o protagonismo do Poder Judiciário, no Brasil, é claramente sentido em decisões que envolvem questões polemicas, de dissenso moral razoável e aspectos não socialmente estáveis, o que é uma realidade não apenas no Brasil, mas também em outros Tribunais Constitucionais.

É inegável o papel de proeminência que o Supremo Tribunal Federal exerce atualmente na vida econômica, social e política atualmente na sociedade. Como observa Vieira (2018, p. 161):

> *A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel central no sistema político brasileiro. Nos últimos anos, raros foram os dias em que decisões do Supremo Tribunal Federal não se tornaram manchete dos principais jornais brasileiros, seja nos cadernos de política, economia, legislação, polícia, seja mesmo ciência, educação ou cultura. Todas as questões mais relevantes discutidas na sociedade brasileira*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *parecem, mais dia menos dia, reclamar uma decisão do STF, tornando a sua presença uma constante na nossa vida pública.*

Salienta o autor ainda que, na história da organização do Estado brasileiro, não existiu momento em que a Corte teve relevância correlata:

> *Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momento de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, por exemplo, no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal com a sua atuação passada (VIEIRA, 2018, p. 161).*

Isto posto natural questionar as razões para a alçada, não só da Corte Constitucional como também de todo o Poder Judiciário, à um posto tão relevante na vida política brasileira. Em meio a esse cenário é que a dúvida principal que se insurge é a de qual seria um meio-termo para a interpretação ativista do Poder Judiciário, sem que configure afronta aos Poderes Executivo e Legislativo.

2.5 CRITICA A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

A incompatibilidade do desenho institucional do Judiciário e o crescente protagonismo deste poder fomenta diversas críticas, principalmente quanto à mitigação do sistema de freios e contrapesos. Como observa Barroso (2017), várias são as objeções à atuação mais ativa do Poder Judiciário, principalmente pela ingerência desse poder no âmbito de atuação do Executivo e Legislativo.

Um ferrenho crítico do ativismo judicial é Lenio Streck (2013), por entender que o protagonismo do Poder Judiciário, no Brasil, é acentuado, corroborando para o que denomina de "juristocracia". Logo, conclui que o ativismo judicial representa um perigo para a representação política, pois a afronta à Constituição Federal, por parte do Poder Judiciário, é mais grave que qualquer outra deferida pelos demais poderes, já que ao Judiciário compete a sua guarda.

Em recente artigo o autor critica a confusão que comumente se faz entre judicialização e ativismo judicial, ressaltando que no ativismo o Judiciário coloca-se no lugar dos juízos políticos do legislador os seus valores (STRECK, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não bastasse isso, há o que Veríssimo (2008, p. 415) denomina de "ativismo à brasileira", de forma crítica, definida nos seguintes termos:

> *O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo à brasileira.*

Vieira (2018, p. 166), após apontar a distinção do caso brasileiro em relação à quantidade de temas apreciados, distinção de escala, observa uma segunda particularidade, de natureza:

> *De natureza pelo fato de não haver nenhum obstáculo para que o Supremo aprecie atos produzidos pelo sistema representativo, inclusive pelo próprio poder constituinte reformador; Assim, suas decisões não podem, em tese, ser derrubadas pelo parlamento, como na maioria das democracias constitucionais. Assim sendo, o Supremo exerce o controle tanto sobre a política ordinária, analisando a constitucionalidade de leis e atos do Executivo, como sobre a política constitucional. Talvez as supremas cortes indiana e colombiana sejam as únicas que partilhem o status supremocrático assumido pelo STF no Brasil a partir de 1988.*

Uma terceira diferenciação, claramente intensificada nos últimos anos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é a carência de fundamentação adequada, utilização de argumentos metajurídicos e finalísticos, que resultam em decisões sem padrão identificável e imprevisíveis.

A ideia de que as decisões ativistas do Supremo, no campo de direitos fundamentais sempre caminham à expansão de direitos, como pensam alguns

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

doutrinadores (o que mesmo assim não as legitimaria), não sobrevive a uma análise rápida da jurisprudência recente da Corte.

É lastimável que a mais alta Corte constitucional do país, cuja função precípua é a proteção de direitos e garantias individuais em consonância com a Carta Magna, utilize em suas decisões o argumento da "fortíssima opinião popular" sobre qualquer tema. Espera-se justamente, que ante o clamor popular, a Corte possa exercer sua força contra majoritária e decidir conforme a Constituição.

Ora, por óbvio que não cabe a um ministro do Supremo Tribunal Federal decidir baseado em sua concepção pessoal do que serve melhor ao país. A concepção de um ministro da interpretação da Constituição que melhor serve ao país é, ou deveria ser completamente irrelevante a uma decisão de constitucionalidade da norma.

Deve-se notar ainda que o decisionismo baseado em argumentos metajurídicos e finalísticos, que por vezes se decide na esteira de ampliar garantias individuais, é o mesmo decisionismo que faz leituras incabíveis da Constituição em sentido contrário. O ativismo judicial brasileiro não tem direção única.

Evidente que o fenômeno do protagonismo judicial, presente em diversas democracias pelo mundo, não é ruim per si, mas a forma como esse ativismo vem sendo exercido no Brasil possui diversos problemas. Faz-se necessário uma adequação do fenômeno à realidade institucional brasileira, de modo a gerar maior *accountability* e um padrão de decisões previsíveis, o que só poderá ser alcançado, a começar, por uma *ratio deciendi* pautada no direito infra e constitucional, e menos principiológica finalística.

Conclui-se por fim, que o modo de exercício do protagonismo judicial na contemporaneidade pelo Supremo Tribunal Federal, acaba por resultar na perda de autoridade do Direito.

3 CONCLUSÃO

De fato, apesar de possuir algumas das prerrogativas que conferem ao STF o poder de assim decidir desde a Constituição Federal de 1988 (como o excesso de competências e o alto número de direitos individuais dispostos na Carta Magna, que possibilita a judicialização da política), o ativismo judicial exacerbado é uma característica relativamente recente observada na Corte.

Tal fenômeno tem como uma de suas principais causa a chamada crise de representatividade, de observância mundial, onde a sociedade, por sentir que as promessas do Estado de bem-estar social não restaram cumpridas, não se sente refletida pelos representantes dos poderes políticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, com a ascensão ainda do conceito de supremacia constitucional, o Poder Judiciário, principalmente na figura no Supremo Tribunal Federal, busca cumpri-las por meios incabíveis, não observando o modo ideal de implementação de políticas públicas e ocasionalmente maculando o princípio da separação de poderes.

Destarte, percebe-se que o ativismo judicial é tema que fomenta debates, inexistindo consenso, na doutrina, quanto aos seus benefícios e malefícios. Em qualquer caso, não se pode ignorar a importância de se observar os princípios constitucionais, em especial o da separação dos poderes, sob pena de corroborar para a instabilidade institucional.

Assim, o ativismo alcança todas as esferas, o que estimula críticas, pois corrobora para a instabilidade institucional, principalmente pela ingerência do Judiciário na esfera de atuação do Legislativo e Executivo. Decerto, embora necessária, não se pode aceitar o ativismo acerbado, como vem ocorrendo, pois afronta o princípio da separação dos poderes.

4 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** 7°. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Cadernos da AMATRA IV**, Porto Alegre, ano 5, v. 14, p. 72-86, jun. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da República.** Coimbra: Tempo Brasileiro, 1997.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FUTTERLEIB, Lígia Leindecker. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 1°. Ed. Curitiba: Intersaberes, 2012.

HACK, Érico. **Direito Constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básico.** 1°. Ed. Curitiba: Intersaberes, 2012.

IGNACIO, Julia. Sistema de freios e contrapesos: o que é?**.** Politize. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-de-freios-e-contrapesos/>. Acesso em: 22 ago.2020.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Guilherme Braga Peña. Protagonismo institucional do Poder Judiciário contemporâneo: reflexos sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. **Direito em movimento,** Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2º sem. 2019.

MOREIRA, Paulo Junior. **A harmonia entre os Poderes e o Judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais.** jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61533/a-harmonia-entre-os-poderes-e-o-judiciario-como-guardiao-dos-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PINTO**,** Hélio Pinheiro. **Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PISKE, Orina; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System).** tjdft.jus.br. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 25 ago. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 306.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial e a vitória de Pirro na decisão de Fux. **Consultor Jurídico,** 27 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-27/streck-ativismo-judicial-vitoria-pirro-decisao-fux>. Acesso em: 01 set. 2020

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico,** 13 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 01 set. 2020.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 407-440, 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLAÇÃO AO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: UM PARALELO ENTRE DIREITO, DEMANDA E POSSIBILIDADES DE OFERTA À EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE TIRADENTES – MG

RAÍSSA CRISTINA ARANTES: Assistente Social da Prefeitura Municipal de Ervália. Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO: O presente artigo visa analisar a violação do direito à educação infantil, enquanto dever do Estado, no município de Tiradentes – MG, constituindo uma transgressão aos direitos humanos da criança. Essa violação ocorre em decorrência da falta de estrutura física e orçamentária no município, gerando a necessidade dos gestores educacionais realizarem uma seleção das crianças que irão ocupar as vagas disponíveis. Objetiva-se trazer sugestões a fim de melhorar a seleção e oferta para as crianças, com o propósito de garantir o direito à educação. Para tal, apresenta-se uma sucinta contextualização histórica do marco situacional do direito à educação para crianças, bem como das políticas públicas relativas à criança e ao adolescente no Brasil. Após, expõe-se a realidade da região, bem como os critérios de seleção para as vagas e uma análise crítica dessa seleção, para então apresentar sugestões de melhorias no atual processo seletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e Adolescente. Educação. Direito. Seleção.

ABSTRACT: This article aims to analyze the violation of the right to early childhood education, as a duty of the State, in the municipality of Tiradentes - MG, constituting a violation of the human rights of the child. This violation occurs due to the lack of physical and budgetary structure in the municipality, generating the need for educational managers to make a selection of children who will occupy the available places. The objective is to bring suggestions in order to improve the selection and offer for children, with the purpose of guaranteeing the right to education. To this end, a brief historical contextualization of the situational framework of the right to education for children is presented, as well as public policies related to children and adolescents in Brazil. Afterwards, the reality of the region is exposed, as well as the selection criteria for the vacancies and a critical analysis of this selection, to then present suggestions for improvements in the current selection process.

KEYWORDS: Child and Adolescent. Right. Education. Selection.

A violação do direito à educação infantil em decorrência da ausência de vagas nas escolas ou creches é uma realidade em boa parte dos municípios brasileiros. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

presente artigo visa apresentar uma dessas situações, mais especificamente na cidade de Tiradentes, em Minas Gerais, que, devido à insuficiência em garantir educação infantil para todos que dela necessitam no município e seus distritos, promove uma seleção das crianças que terão acesso às vagas disponíveis.

Dessa forma, busca-se relatar de que maneira essa insuficiência viola os direitos garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como propõe-se a expor os critérios seletivos criados pelo município de Tiradentes, com o objetivo de fazer uma análise crítica dos mesmos e, se possível, aprimorá-los, apresentando posteriormente soluções para que esse modelo seletivo afete cada vez menos a população tiradentina.

A problemática central que aqui se apresenta vai além da não garantia de um direito básico das crianças do município, mas também na forma em que ocorre atualmente o processo seletivo. Considera-se, assim, que há uma dupla violação de direitos. Ou seja, busca-se apresentar neste artigo de que forma os critérios seletivos nas creches do município de Tiradentes afetam a garantia dos direitos dispostos pelo ECA.

O ECA é um dos grandes marcos na história brasileira no âmbito dos direitos sociais. É através dele que ficam instituídos todos os direitos e deveres que envolvem as crianças e adolescentes do país. Contudo, nem todo direito é efetivado, seja por uma violação por parte da família, ou do próprio Estado, através dos seus entes federados.

O artigo 54º do ECA garante a educação infantil para crianças de zero à seis anos de idade em creches enquanto dever do Estado, ou seja, de caráter público e gratuito para todas as crianças. Tendo em vista que as creches municipais não conseguem garantir vagas suficientes para todas as crianças domiciliadas nesses municípios e em seus distritos, consiste violação do direito. Essa realidade é vivenciada por crianças de todo país. A demanda está, na maioria das vezes, maior que a oferta, e o investimento na Educação ainda não é o suficiente para gerir uma educação universal, igualitária, pública e de qualidade para todos.

Tiradentes, uma pequena cidade no interior de Minas Gerais, não foge à regra. Atualmente, na localidade, há duas creches municipais, sendo que uma delas se encontra dentro de um espaço cedido pela Igreja Católica, sobre o sistema de comodato (empréstimo gratuito de algum bem), em que a exigência da referida organização consiste em a Prefeitura manter os gastos e cuidados com o espaço, bem como com os profissionais, alimentação, dentre outros. Em contrapartida, a Igreja do município participa da seleção das crianças que conseguirão as vagas nas creches. Dessa forma, essa seletiva é realizada por uma comissão formada por membros da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Igreja, bem como das suas conferências, e representantes da Secretaria Municipal de Educação. Contudo, os critérios colocados por essa comissão não levam em consideração, por exemplo, a vulnerabilidade socioeconômica das famílias, entre outras questões.

Por fim, retomando o que já foi dito inicialmente, o que se coloca em prioridade de análise é a violação ao direito da criança propriamente dito, tendo em vista que os direitos não são dos pais e/ou responsáveis. O direito à educação é universal e garantido às crianças. Em inúmeras situações e por diversas razões, o melhor para criança é estar na escola, e não em casa, para o seu crescimento e educação.

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL SOBRE A PERSPECTIVA DE SUJEITOS DE DIREITOS

Várias análises da pobreza no país, das expressões da questão social, levantam o questionamento central que é a intervenção do Estado nas sequelas da questão social, atuando, geralmente, através das políticas públicas. Algumas dessas políticas são destinadas às crianças e adolescentes, tema da atual pesquisa. O Estado é chamado a resolver problemas que atingem as crianças no país e, para tal, passa a intervir nas demandas sociais que as envolvem, garantindo mínimos sociais e segurança para todas. Dessa forma, é importante compreender o histórico da atuação do Estado brasileiro no que tange às crianças e adolescentes, para então apreendermos em que momento e em que contexto a educação pública passa a ser um direito universal para as crianças e adolescentes.

Segundo Pereira (1998), no período colonial, as políticas de atendimento às crianças e adolescentes eram realizadas pela Igreja Católica através de algumas instituições, entre elas as Santas Casas de Misericórdia, que utilizavam o sistema da roda (um cilindro de madeira que girava em torno do próprio eixo com uma abertura em uma das faces), alocada em um tipo de janela onde eram colocados os bebês, privilegiando o anonimato das mães que não podiam, pelos padrões da época, assumir publicamente a condição de mães solteiras. Mais tarde, em 1927, foi sancionado o Código de Menores que proibia o sistema das rodas, de modo a que os bebês fossem entregues diretamente à pessoas dessas entidades.

De acordo com Pereira (1998), é somente em 1855 que o Estado passa a intervir e realizar as políticas de apoio e amparo às crianças. Com a abolição da escravatura há um aumento das cidades, as expressões da questão social crescem, gerando o aparecimento irreparável dos problemas sociais, principalmente no que se refere à infância e à adolescência. É sobre esse contexto que surge o movimento higienista, com o objetivo de retirar as crianças e adolescentes das ruas e levá-las para instituições onde se aplicavam políticas educacionais e corretivas. Como esse movimento não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

obteve um resultado satisfatório para o Estado, este cria então o Código do Menor ou Código Melo Matos, que institui preconceituosamente o termo "menor", que se referia a "delinquência", levando a crer que o menor morador de rua, pobre, seria delinquente ou infrator. Segundo Rizzini (1995), o Código de Menores possuía características discriminatórias, sendo este em seu todo coercitivo, corretivo e punitivo.

Conforme Pereira (1998), o Código Melo Matos passa a ser questionado enquanto insuficiente para resolver os problemas dos "menores" no país. Dessa forma, o Estado institui o SAM (Sistema de Atendimento ao Menor), que tinha como base a internação, a correção social e o afastamento do convívio familiar. Entretanto, o SAM, assim como os demais Códigos, são apontados como incapazes pois estavam contribuindo para a criminalização e marginalização de quem dele necessitava, e passam a ser severamente questionados.

Em face dessa situação, em novembro de 1964, após o golpe militar, foi aprovada uma lei extinguindo o SAM e criando a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor. Segundo Pereira (1998), a FUNABEM tinha como objetivo formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, herdando do SAM toda a sua cultura de organização. Assim, propunha-se a ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação tinha na internação seu principal foco. Ou seja, o objetivo de controle social permanecia A diferença é que agora viu-se ser necessário o trabalho em conjunto com a família, visto que o rompimento dos traços familiares gerou ainda mais a marginalização. Porém, ainda de acordo com Pereira (1998), nos primeiros anos da década de 80 constata-se que a FUNABEM é ineficaz.

Como é possível perceber, em todo o histórico de "atenção" às crianças e adolescentes, os chamados "menores", não se pensava em direitos sociais e humanitários. A atenção às crianças era voltada para tratar a questão da delinquência, das mazelas da questão social. Com o advento do processo de redemocratização do Brasil e o fortalecimento dos movimentos sociais, surge no país um novo conceito de criança e adolescente que deixam de ser tratados como indivíduo tutelado de forma paternalista pelo Estado para se tornarem sujeitos de direito, nas quais suas demandas passam a ser atendidas pelo Estado de forma a promover seu desenvolvimento integral. E foi nesse contexto que formulou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como instrumento para garantir os direitos previstos.

Dessa forma, o ECA apresenta alguns importantes avanços, como a maior participação da sociedade como um todo, que significou uma maior democratização da gestão dos recursos através da parceria entre Estado e sociedade civil, que passam a dividir a responsabilidade pela execução das políticas públicas, e a descentralização dos serviços e ações voltadas às crianças e adolescentes. Foi através do ECA que, segundo Pereira (1998), houve o rompimento do paradigma do "menor". O ECA pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ser considerado "inovador, garantista e participativo". Inovador em relação ao conservadorismo do código de menores; garantista porque introduziu o sistema das garantias constitucionais; e participativo pela ampla, legítima e expressiva participação popular em sua elaboração.

Mesmo representando um importante instrumento na legislação voltada para as crianças e adolescentes no que se refere à democratização das políticas e ações com a criação dos espaços como os Conselhos de Direito e Tutelar, ainda assim, o ECA continua sendo uma intenção de ruptura, à medida que não conseguiu romper com o conservadorismo, que por diversas vezes se coloca na contramão da primazia das políticas públicas efetivas para as crianças e adolescentes.

Dentre essa perspectiva de direitos, que entra o direito à educação. Conforme o Artigo 53º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes:
>
> I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II – direito de ser respeitado por seus educadores;
>
> III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
>
> IV – direito de organização e participação em entidades estudantis;
>
> V – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
>
> Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais. (BRASIL,1990)

Já no Artigo 54º, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

> I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso pela idade própria;
>
> II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.
>
> IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> V – acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;
>
> VII – atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (BRASIL,1990)

Para além da educação, enquanto direito universal da criança e do adolescente constituído no ECA, há também de se pensar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê em seu artigo XXVI:

> 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
>
> 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
>
> 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948)

Todo esse processo que garante a educação para as crianças e adolescentes, mesmo que ainda não se considere as creches como grau elementar, ainda assim constituem como centro de formação de cidadania, de formação de seres sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

DIAGNÓSTICO SOCIAL E DADOS DA EDUCAÇÃO MUNICIPAL EM TIRADENTES – MG

A cidade de Tiradentes está localizada na microrregião das Vertentes, no Estado de Minas Gerais, distante 190 km da cidade de Belo Horizonte. Segundo dados do censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Tiradentes possuía 6961 habitantes, com uma área de 83,20 **km².** Atualmente, a estimativa do IBGE indica uma população de 7.807 habitantes e densidade demográfica de 93,8 hab/**km²,** sendo que 79,06% dessa população vive na área urbana do município. De acordo com o PNUD (2010), o município possui um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) **de** 0,74, que é considerado relativamente alto em relação aos demais municípios mineiros.

O município conta com nove escolas municipais que abrangem a educação infantil até o 5º ano e uma instituição de educação especial. Duas dessas escolas se encontram na zona rural, são elas: Escola Municipal "Carlos Rodrigues de Melo", localizada no distrito do Elvas, e Escola Municipal "José Custódio Filho" (inativa no momento), localizada no distrito da Caixa D'água da Boa Esperança. Na zona urbana se encontram as outras sete escolas, sendo elas: Escola Municipal "João Pio", localizada no bairro de Águas Santas; Escola Municipal "Ademar Natalino Longatti", localizada no bairro de César de Pina; Escola Municipal "Padre Lourival de Salvo Rios", localizada no bairro Várzea de Baixo; Creche Municipal "Bem-me-quer", localizada no bairro Pacú; Escola Municipal "Alice Lima Barbosa", localizada no bairro Santíssima Trindade; Escola Municipal "Marília de Dirceu", localizada no Centro; e a Creche Municipal "Santa Gianna", localizada no bairro Parque das Abelhas. A instituição de educação especial – APAE (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais) atende todas as crianças com necessidades especiais da cidade. O município conta ainda com a Escola Estadual Basílio da Gama, que atende alunos do 6º até o 9º ano e o Ensino Médio, e uma escola particular, Centro Educacional Locomotiva, localizado no Parque das Abelhas, que atende somente alunos da Educação Infantil (Maternal I até o 2º Período).

Segundo dados da Secretaria de Educação do município de Tiradentes, em 2014, das crianças de zero a três anos, 30,80% frequentavam creche e 55,70% das crianças de quatro a cinco anos frequentavam a escola. A taxa de escolarização (para pessoas de seis a quatorze anos) foi de 98% em 2010. Em relação ao nível de escolaridade da população adulta, observa-se que 45,40% da população com vinte e cinco anos ou mais, em 2010, haviam completado o ensino fundamental, e 30,52%, o ensino médio. Em 2000, esses percentuais eram de 25,90% e 18,48%, respectivamente (Fonte: IMRS).

A partir de um diagnóstico realizado com 133 grupos familiares, totalizando 474 pessoas, iniciado pela Secretaria Municipal de Assistência Social, por meio do Centro de Referência em Assistência Social de Tiradentes (CRAS), em 2017, concluiu-se previamente que desse total de famílias, 40% são consideradas de baixa renda e

recebem o benefício do Governo Federal, Bolsa Família. Ainda desse total de 474 pessoas, apenas 40% exercem atividades laborativas, e menos de 10% estão inseridos no mercado formal de trabalho.

Outra característica apontada pela equipe técnica do CRAS se refere ao alto índice de analfabetos e analfabetos funcionais no município. Das famílias referenciadas pela instituição, pode-se dizer que cerca de 90% dos responsáveis pelo grupo familiar são analfabetos funcionais, tendo encerrado os estudos na antiga 4ª Série de Grupo, atualmente o 5ª ano do Ensino Fundamental. Dos jovens de cerca de 30 a 35 anos, a grande maioria não concluiu o Ensino Fundamental, ou encerrou os estudos no 1º ano do Ensino Médio.

O que se pode perceber é que a educação não é algo cultural para a população de Tiradentes. A maioria dos moradores nativos do município encerraram os estudos ainda muito novos para se inserir ao mercado de trabalho, e nunca mais retomaram nenhuma atividade escolar ou educativa. Por mais que o município ofereça a educação para jovens e adultos no turno noturno através da Escola Estadual Basílio da Gama, o índice de procura ainda é considerado baixo, em especial entre os adultos.

Uma das explicações para esse fenômeno se dá em decorrência dos empregos ofertados no município de Tiradentes. A cidade é exclusivamente turística e, dessa forma, os postos de trabalho se dão, em sua maioria, em hotéis, pousadas e restaurantes, com jornadas de trabalho extensas e sem seguir horários fixos. Além disso há a instabilidade nos postos de trabalho. É difícil encontrar funcionários com carteira assinada e todos os direitos trabalhistas garantidos, assim como é difícil encontrar funcionários que trabalhem no mesmo posto de trabalho por um período superior a um ano. Essas características afetam a educação na medida em que os funcionários com grande carga de horário de trabalho, horários inflexíveis e extensas jornadas de trabalho, em especial as mulheres que assumem mais de uma jornada - ao chegarem em casa ainda tem o trabalho de casa e de cuidar dos filhos e da família, não conseguem conciliar com os estudos.

Sobre o pretexto de que "o povo de Tiradentes não gosta de trabalhar", a população tiradentina está cada vez mais afastada do mercado de trabalho, restando-lhes apenas trabalhos braçais, empregos instáveis, exaustivos e que pagam valores irrisórios, deixando a população ainda mais à margem da miséria. Assim, ao longo dos anos, passa a ser cultural a população não estudar, não conseguir ingressar no mercado formal de trabalho e não conseguir ter acesso às riquezas monetárias e culturais geradas no município. E como a grande maioria, e o ideário pós-moderno, tem-se a culpabilização dos indivíduos pelas expressões da questão social, que se encontram cada vez mais estigmatizadas e liderando os discursos preconceituosos e que excluem ainda mais a população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

EDUCAÇÃO INFANTIL EM TIRADENTES

Conforme já apresentado nos dados acima mencionados, Tiradentes conta com duas creches municipais, sendo elas a "Bem-Me-Quer" e a "Santa Gianna". A creche "Santa Gianna" fica em um ponto alugado e a creche "Bem-Me-Quer" é cedida por processo de comodato entre a Prefeitura Municipal e a Igreja Católica do município. A Igreja empresta o prédio para a Prefeitura e, em troca, esta deve manter e reformar o local sempre que preciso, e os representantes da Igreja devem participar e opinar na seleção das crianças que irão preencher as vagas disponíveis na creche.

Atualmente, segundo dados da Secretaria Municipal de Educação, a Prefeitura espera pela concessão de um prédio financiado pelo Governo Federal pelo Programa de Ações Articuladas (PAA), que integra também o Programa do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (PFNDE). De acordo com a Secretária, atualmente o município possui o espaço físico para a construção da creche e espera-se que no ano de 2020 comecem as obras, o que garantirá mais vagas para as crianças domiciliadas em Tiradentes.

Em 2019, Tiradentes possuía 80 vagas na Creche Municipal "Bem-Me-Quer" e 70 vagas na Creche Municipal "Santa Gianna". Dessas vagas, a maioria das crianças (cerca de 90%) ficam nas creches no período integral, e cerca de 10% ficam apenas meio período, para conseguir ofertar mais vagas para mais crianças. No mesmo ano, as duas creches municipais contavam com um total de 48 funcionários, entre professores com nível superior, auxiliares educacionais, diretoras e supervisoras. As creches são todas financiadas com recursos próprios da Prefeitura, ou seja, aluguel, contas de água, luz, lavanderia e complementação à verba recebida para alimentação e pagamento de funcionários.

Segundo dados informados pela Secretaria de Educação, as creches recebem crianças a partir dos quatro meses até os três anos. Após os três anos, as crianças são direcionadas para as Escolas Municipais "Alice Lima", "Marília de Dirceu" e "Padre Lourival", de acordo com o bairro de residência das famílias. Nas escolas, há vagas para todas as crianças do município, não havendo necessidade de transferências para outros municípios por falta de vaga, e nem critérios de seleção para elas. Contudo, isso difere ao se tratar das vagas nas creches. Embora hoje o município oferte o total de 150 vagas, ainda não é o suficiente para toda a demanda que os munícipes necessitam.

Sendo assim, ocorre uma seleção das crianças para as vagas oferecidas. Esta se dá através de uma comissão que analisa as inscrições e coloca em ordem de preferência as crianças até completar a quantidade de vagas ofertadas, e as demais ficam ainda em ordem, em uma lista de espera.

A comissão atualmente é formada por dois representantes da Igreja Católica e dois representantes da Pastoral da Criança, o Secretário Municipal de Assistência Social, um representante do Conselho Tutelar do Município, a Secretária de Educação, bem como as diretoras das duas creches municipais. Segundo relatos da Secretária de Educação, os critérios de seleção seguem as seguintes ordens: 1ª – se a mãe ou responsável legal da criança está inserido no mercado de trabalho, seja ele formal ou não; 2ª - se o grupo familiar paga aluguel; 3ª - se a família possui baixa renda; 4ª - a quantidade de filhos.

Ainda de acordo com relatos da Secretária de Educação, a avaliação leva em consideração todos os critérios. Se a mãe não trabalha, mas paga aluguel, ou se possui muitos filhos, ou se é família de baixa renda, tudo isso é levado em consideração para garantir a preferência das vagas para as crianças que estão inseridas nesses critérios seletivos. A Secretária também informa que esse processo já passou por algumas transformações, tendo em vista que antes também era critério de seleção a família ser católica. Contudo, hoje, esse critério não é válido mais. Outra observação que a Secretária apresenta é o fato de as crianças em que as mães não trabalham, podem concorrer com vagas de meio período, para facilitar às mães realizarem trabalhos esporádicos (como de faxina), e garantir vaga para mais crianças.

Até o momento foram apresentados dados concretos relacionados ao contexto educacional do município e agora cabe fazer uma abordagem crítica, com fins de se pensar em soluções para o problema de demanda e oferta que por vezes acarreta na problemática da violação do direito à educação garantido pelo ECA.

OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELO MUNICÍPIO DE TIRADENTES

Como anteriormente apresentado, hoje o município de Tiradentes consegue garantir a vaga de 80% da demanda apresentada na educação infantil, em especial das crianças de quatro meses até três anos de idade. Assim, esses 20% de crianças que não conseguiram a vaga nas creches municipais, se as famílias não conseguirem meios de pagar por uma escola particular, estarão com seu direito violado, tendo em vista que o município não conseguiu inseri-los nas vagas ofertadas e a sua família não possuiu meios financeiros de manter as crianças em uma unidade escolar particular. Ou seja, houve uma violação tanto por parte das famílias, como do próprio Estado.

O ECA, por si só, não garante que as crianças tenham de fato os seus direitos efetivados. Hoje, o que muito se coloca é exatamente o contrário, com inúmeras violações aos direitos, sejam por parte da família, da sociedade civil e do Estado, uma crescente desconstrução do sentido do ECA. Atualmente, o que se tem percebido é que a sociedade vem crescentemente marginalizando os direitos, e os culpabilizando pelas expressões da questão social que cada vez mais acometem as crianças.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como já anteriormente abordado, sobre a realidade da falta de interesse em educação pela população, não é uma construção recente e levou anos para se chegar nessa realidade que vivenciamos hoje. A falta de educação e instrução atual é resposta às inúmeras questões que circundam essa problemática. As crianças de hoje, que por vezes não tem consciência da importância da educação, são resultados de uma vida sofrida de seus pais e parentes que tiveram que desde cedo largar os estudos para trabalhar, e que hoje não encontram condições objetivas e subjetivas de voltar a estudar. Dessa forma, como uma família, em especial de baixa renda, consegue garantir, enquanto direito e prioridade, a educação dos filhos?

Assim segue a linha dos políticos. Não cabe aqui aprofundar em questões políticas e partidárias a respeito da Educação, contudo, o que temos de mais claro e evidente é o pouco financiamento no âmbito da Educação no país como um todo. Cada vez mais os repasses de verba para Educação são cortados ou atrasados. Ou seja, como o garantir o direito à educação com corte de verbas? Ou ainda mais que isso, que tipo de educação é possível ofertar com crescentes e contínuos cortes de verba? Como garantir a universalidade à educação sem verbas?

O mesmo ocorre em relação à Educação no município do Tiradentes. Como anteriormente apresentado, a Educação no município é majoritariamente financiada com recursos próprios. No estado de Minas Gerais há inúmeros atrasos no repasse da verba para a Educação, que, além de gerar atraso no pagamento dos professores, acarreta ainda mais sua precarização.

Em Tiradentes, a Prefeitura Municipal acaba arcando com alguns gastos para a Educação, porém, o os gestores afirmam que o município não tem circulação financeira suficiente para garantir, por exemplo, a construção de mais um espaço para outra creche a fim de assegurar todas as vagas que os munícipes necessitam. Afinal, não basta apenas construir uma nova creche, ainda há a manutenção do espaço, compra de materiais e móveis, a contratação de profissionais, repasse de verba para alimentação, entre outros gastos. Segundo dados apresentados pela Secretaria de Educação, o Governo do Estado paga, por exemplo, o valor de R$1,00 (um real) por criança ao dia.

Dessa forma, os municípios cada vez mais têm que arcar com os gastos educacionais, com poucos recursos. Em Tiradentes, por exemplo, sabe-se que ainda há o problema da sonegação de impostos por parte de inúmeros empresários, hotéis e restaurantes, ou seja, a Prefeitura possui esse déficit orçamentário. Assim, com orçamento reduzido, como construir e gerir outros espaços a fim de garantir que o direito à educação de todos os munícipes que deles necessitam não seja violado? Como uma prefeitura de município de pequeno porte pode dar conta de suprir todo

o orçamento necessário para a educação infantil, de jovens e adultos, além de todas as outras áreas como Saúde, Assistência, Meio Ambiente, dentre outros?

No caso de Tiradentes, especificamente, a Prefeitura não possui problemas com a demanda para ofertar educação para crianças acima de quatro anos, e não oferece atualmente educação para adultos, pois além de ficar à cargo do Governo do Estado, através das escolas estaduais, no município não há a procura de educação para adultos - o que acarretou no fechamento da escola estadual no turno noturno que oferecia o EJA (Educação para Jovens e Adultos).

Assim, no que tange à oferta de vagas, o município apenas não consegue garantir na totalidade a demanda da educação das crianças acima de um ano, tendo em vista que no berçário a procura foi inferior ao número de vagas disponíveis. Tem-se então um município sem vagas para a totalidade da demanda da educação infantil, violando dessa maneira o direito de algumas crianças, mas, sabe-se também que o mesmo município não consegue arcar com essa situação devido aos inúmeros problemas já relatados. Dessa forma, Tiradentes, assim como diversos outros municípios, não tem alternativa se não fazer convênios, tais como o sistema de comodato entre a Prefeitura Municipal e a Igreja Católica local, e selecionar quais as crianças terão acesso às vagas existentes.

ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO DE SELEÇÃO E O QUE É POSSÍVEL FAZER PARA MELHORAR OS CRITÉRIOS AVALIATIVOS

O processo de seleção das crianças que irão usufruir das vagas nas creches municipais se dá através da inscrição no processo seletivo, e logo após as inscrições são analisadas e priorizadas por uma comissão. Primeiramente, por uma das creches estar alocada no espaço da Igreja Católica, em troca, o padre local exigiu que membros dos Conselhos da Igreja e da Pastoral da Criança participassem das seleções e da elaboração dos critérios. Como não dá pra selecionar critérios diferentes para as duas creches, mesmo a Creche Municipal "Santa Gianna" não estando alocada no espaço da Igreja, passa pelo mesmo processo de seleção da Creche Municipal "Bem-Me-Quer".

O que se pode perceber nessa situação é que há em Tiradentes, uma cidade ainda muito conservadora e considerada muito religiosa, a intervenção da Igreja Católica na política pública educacional. Isso representa um retrocesso, em que se tem historicamente, desde os tempos coloniais, a Igreja como representante dos cuidados com a criança e o adolescente. E assim como marca ao longo da história, os inúmeros equívocos e falhas que isso acarreta para a criança e o adolescente, a população de Tiradentes, além da violação do direito à educação, passa a carregar o retrocesso e o peso da interferência religiosa nos direitos sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Essa é uma problemática extremamente grave ao se considerar que essa seleção, respaldada pelos dogmas e opiniões religiosos, vão na contramão, muitas vezes, do entendimento dos sujeitos de direitos, pois acaba passando pelo crivo de alguns preconceitos e opiniões não técnicas. Mesmo ao longo dos anos o processo seletivo ter apresentado algumas melhoras, no ponto de vista da Secretaria de Educação, ainda assim isso representa um retrocesso enorme no ponto de vista dos direitos sociais e políticos dos usuários de políticas públicas.

Atualmente, o primeiro critério avaliativo consiste na mãe ou responsável pela criança estar inserida no mercado formal ou informal de trabalho. O que gera a escolha desse critério avaliativo é que se a mãe ou responsável não trabalha, ela tem condições de cuidar da criança. Contudo, a primeira crítica que se faz desse critério seletivo consiste em o direito à educação ser da criança, e não da família.

Outro fator que falha ao se pensar em uma seleção que exclui as mães desempregadas está ligado ao fato de que a maioria das mulheres tiradentinas estão inseridas no mercado informal de trabalho. Ou seja, não podem comprovar o vínculo empregatício, mesmo que estejam continuamente trabalhando. E o que é ainda mais grave, se a mãe está com a criança o dia inteiro em sua casa, e não possua ninguém responsável que possa deixar a criança sobre os seus cuidados, como ela sai para procurar emprego ou exercer alguma atividade remunerada, por exemplo?

Dessa forma, acredita-se que o que é considerado como primeiro critério seletivo não deveria nem sequer ser considerado um critério. Por diversas situações que não são analisadas, e pelo direito à educação ser da criança e não dos pais ou responsáveis, acredita-se que esse é um critério ultrapassado e incoerente com a realidade da maioria das mães tiradentinas.

Passemos agora para o segundo critério seletivo, se a família paga aluguel. Conclui-se que se uma família tem um gasto a mais com aluguel, em especial em Tiradentes cujo valor imobiliário é alto, entende-se que esse gasto pode comprometer a renda e a vida financeira desse grupo familiar. Contudo, é necessário ponderar que, se esse grupo familiar não for extenso, e o salário e renda per capita for elevado, essa não deveria então ser uma das primeiras análises seletivas. Ou seja, a primeira já consiste na mãe ou responsável legal estar inserido no mercado de trabalho, pode-se então ter mais pessoas do grupo familiar também inseridos no mercado de trabalho, onde o aluguel não interfira de maneira tão direta na vida financeira desse grupo familiar. Dessa maneira, acredita-se assim que a análise de aluguel é um fator importante ao se pensar em um critério seletivo, mas não deve ser um dos fatores determinantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Temos então o terceiro critério seletivo, que é a família ser de baixa renda. Acredita-se que se a família tem melhores condições socioeconômicas, ela tem mais possibilidades de conseguir outras formas de garantir a educação de suas crianças. Lembrando novamente que a educação é um direito da criança, mas também um dever da família e do Estado. Assim, se a família tem boas condições socioeconômicas, esta não deve ter prioridade diante das famílias que não conseguem por si só garantir o direito de seus filhos.

A problemática aqui consiste em qual ou quais critérios definem uma família ser de baixa renda. A baixa renda está associada apenas ao salário, ou ao salário, número de integrantes do grupo familiar onde a criança reside, aluguel e demais situações?

Como se pode perceber, esse é um dos critérios mais importantes, pois considera-se a família como um todo. Dessa forma, considera-se que esse deve ser o primeiro critério seletivo das crianças e grupos familiares que se inscrevem no processo seletivo de vagas para as creches municipais.

O mesmo se aplica então para o quarto critério, que é a quantidade de filhos. Quanto mais filhos, maior a necessidade de colocar as crianças na creche. Tendo em vista que a partir dos quatro anos o município não oferece mais educação em tempo integral, dependendo da idade da criança, ela passa, aproximadamente quatro horas na escola, e o restante em casa, elevando os gastos de alimentação, entre outras coisas, além da necessidade de atenção de um responsável. Assim, se a criança menor consegue também passar um período na creche, já ajuda tanto o grupo familiar, os pais e/ou responsáveis, assim como garante o seu direito à educação infantil.

O Governo Federal há pouco tempo contemplou diversos municípios com a construção de creches municipais, contudo, até que a construção esteja completamente pronta, e que o local esteja devidamente equipado e funcionando, ainda serão necessários mais processos seletivos. Ou seja, é necessário aprimorar e melhorar esse processo a fim de garantir uma seleção mais justa, levando-se em consideração as críticas já apresentadas ao atual processo seletivo.

A premissa inicial que apontamos como uma melhoria no processo seletivo até que o município solucione a defasagem de procura e oferta da educação infantil é o afastamento da Igreja Católica no processo seletivo de usuários das creches. O empréstimo do prédio pela Igreja não pode se sobrepor à autonomia da Prefeitura sobre essa e outras questões. Outra sugestão é uma análise socioeconômica mais apurada das crianças e seus grupos familiares. É necessária para além de uma análise econômica, também uma análise social do contexto em que essa criança está inserida, considerando-se fatores importantes tais como a renda per-capita desse grupo familiar, as condições de moradia, as pessoas desse grupo familiar, se possuem pessoas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

acamadas, idosas, doentes psíquicos, dentre outros, para então se pensar em quais são as crianças com grupos familiares que mais necessitam das vagas na creche municipal.

Um dos critérios que já são positivos são o fato de que algumas vagas serem ofertadas para meio período como meio de garantir uma maior quantidade de crianças inseridas nas creches. Acredita-se que esse critério deva permanecer, entretanto, não para as crianças cujas mães não estão inseridas no mercado de trabalho, ao contrário, devem ser oferecidas para as crianças que possuam família com condições de criar alternativas para essas crianças durante o outro período. Ou seja, o critério socioeconômico deve levar todos esses aspectos em consideração, para então elencar quais são as crianças que possuem mais necessidade de passar o dia todo na creche, levando-se em conta as suas individualidades.

Para que essa análise seja realizada de forma clara e comprometida, sugere-se também que na comissão estejam inseridos profissionais capacitados para fazer essas análises, como a assistente social do município, a psicóloga do Centro de Referência em Assistência Social, membros do Conselho Tutelar e do Conselho Municipal de Saúde, profissionais que estejam diretamente ligados às crianças e suas famílias, e que tenham enquanto competência e atribuições a realização de estudos socioeconômicos, visitas domiciliares, perícias técnicas, dentre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violação do direito à educação infantil que ocorre no município de Tiradentes – MG advém da insuficiência de recursos e espaço físico que o município possui atualmente para atender toda a demanda para as crianças de zero a quatro anos de idade. Essa ausência de vagas acarreta consequentemente na seleção das crianças que terão acesso às vagas disponíveis. O que nos leva ao problema: de que forma os critérios para seleção das vagas nas creches tiradentinas afetam a garantia dos direitos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente?

O atual processo de seleção se dá através de alguns critérios, sendo o principal relativo à inserção ou não dos pais no mercado de trabalho, o que não condiz com a realidade da maioria da população tiradentina. Assim, esse critério seletivo não leva em consideração que o direito pertence à criança, e nem a realidade concreta das famílias que necessitam desse serviço. Há, dessa maneira, uma dupla violação do direito garantido no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo uma a violação propriamente dita, na medida em que o Estado não consegue garantir vagas para todas as crianças, e a outra por não levar em conta a realidade dos munícipes. Dessa forma, até que o município consiga garantir vaga para todas as crianças que dela necessitam, o mesmo precisa se adequar quanto aos critérios avaliativos até que se supre a deficiência de vagas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Presume-se então que para garantir uma seleção mais justa, considerando-se a realidade do município e suas fragilidades, o ideal é uma análise socioeconômica, realizada por uma equipe técnica e competente, que de fato conheça a realidade das crianças e tenha capacidade técnica e instrumental para realizar essa seleção de forma mais justa e coerente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

IAMAMOTO, M. V. *A questão social no capitalismo. Temporalis*. ABEPSS, Brasília, 2001, n. 3, pp. 41-45. Janeiro/Junho 2001.

IAMAMOTO, M. V. *Serviço Social em tempo de capital fetiche*. SP: Cortez, 2007.

LAVINAS, Lena. Pobreza e exclusão: traduções regionais de duas categorias da prática. Econômica, V.4, nº 1, p.25-59, junho 2002- impressa em outubro 2003.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política* / Karl Marx ; apresentação de Jacob Gorender ; coordenação e revisão de Paul Singer ; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. – 2. Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1985

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista.* São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.

NETTO, José Paulo, 1947 – *Capitalismo monopolista e serviço social* / José Paulo Netto – 8. Ed. – São Paulo, Cortez, 2011.

NETTO, José Paulo*. Cinco notas á propósito da "questão social". Temporalis*. ABEPSS, Brasília, 2001, n. 3, pp. 41-45. Janeiro/Junho 2001.

NETTO, J. P, BRAZ, M. Economia Política – Uma introdução crítica. -2ed.- São Paulo: Cortez – Biblioteca Básica do Serviço Social; v.1, 2007.

PEREIRA, Viviane Souza. Pobreza e exclusão social: em debate em curso. In: Revista Temporalis. Ano 10, n.19, jan/jun. 2011, Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (ABEPSS). Brasília/DF.

JORNADA EIXO 2011, *Impasses e Desafios das políticas da seguridade social/pobreza e exclusão social. Disponível em:* <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/IMPASSES_E_DESAFIOS_DAS_POLITICAS_DA_SEGURIDADE_SOCIAL/POBREZA_E_EXCLUSAO_SOCIAL.pdf> Acesso em 30 de julho às 18h45.

Disponível em: <http://moodle.posavm.com.br/pluginfile.php/1679760/mod_resource/content/4/Politicas%20Socias%20de%20asssitencia%20Social%20e%20Educa%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em 29 de julho às 15h24.

Disponível em: <http://Faculdade%20Unyleya_files/Politicas%20Sociais%20para%20Infância%20e%20Juventude/Peres%20e%20Passone.pdf> Acesso em 27 de julho às 16h52.

Disponível em: <http://moodle.posavm.com.br/pluginfile.php/1925734/mod_resource/content/4/Estado%20e%20Sociedade_Final.pdf>

http://www.redeblh.fiocruz.br/media/decl_d_human.pdf

http://portaltransparencia.gov.br/beneficios/bolsa-familia?paginacaoSimples=true&tamanhoPagina=&offset=&direcaoOrdenacao=asc&colunasSelecionadas=linkDetalhamento%2Cuf%2Cmunicipio%2Ccpf%2Cnis%2Cbeneficiario%2CvalorTotalPeriodo&de=01%2F05%2F2018&ate=31%2F05%2F2018&uf=MG&municipio=19156&ordenarPor=beneficiario&direcao=asc

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA PUNIBILIDADE E DA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA AOS PSICOPATAS CRIMINOSOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

CAMILA CAROLINE VIANA JOHN: Graduando(a) do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O trabalho analisará as psicopatias que acometem a mente humana e tornam o indivíduo propenso à prática de crimes. Algumas psicopatias podem tornar o indivíduo inimputável ou semi-imputável, o que decorre do grau de discernimento deste acerca da conduta criminosa. A inimputabilidade acarreta a presunção de periculosidade do indivíduo, enquanto que na semi-imputabilidade a periculosidade deve ser atestada pelo juiz no caso concreto. Tanto a inimputabilidade quanto a semi-imputabilidade devem ser constatadas em laudo pericial. O trabalho objetiva detectar as principais psicopatias bem como os fatores endógenos e exógenos que contribuem para que o indivíduo pratique crimes acometidos destas psicopatias, além de relacionar as principais características destes indivíduos com o intuito de identificá-los no meio social. A consequência em razão da declaração da inimputabilidade ou semi-imputabilidade, somada à comprovação da prática do fato criminoso, é a condenação do indivíduo ao cumprimento de uma das espécies de medida de segurança, que pode ser a detentiva ou restritiva. Os indivíduos que cumprem medida de segurança restritiva ficam sujeitos a um acompanhamento ambulatorial, enquanto que os que cumprem medida de segurança detentiva são submetidos à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que em muitos casos não possuem condições de tratar os fatores endógenos e exógenos que ocasionam a prática de crimes.

PALAVRAS-CHAVES: Psicopatias. Criminosos. Culpabilidade. Imputabilidade. Medida de Segurança.

ABSTRACT: The work will analyze the psychopathies that affect the human mind and make the individual prone to the practice of crimes. Some psychopathies can make the individual unthinkable or semi-imputable, which is due to the degree of his discernment about criminal conduct. The immobility implies the presumption of danger of the individual, while in semi-imputability the danger must be attested by the judge in the specific case. Both the ineligibility and the semi-imputability should be verified in an expert report. The work aims to detect the main psychopathies as well as the endogenous and exogenous factors that contribute to the individual commits

crimes affected by these psychopathies, besides relating the main characteristics of these individuals with the purpose of identifyingthem in the social milieu. The consequence due to the declaration of ineligibility or semi-imputability, added to the proof of the practice of criminal fact, is the condemnation of the individual to the fulfillment of one of the types of security measure, which can be the detaining or restrictive. Individuals who comply with a restrictive security measure are subject to outpatient follow-up, while those who comply with a detention security measure are subject to custody hospital admission and psychiatric treatment, who in many cases are unable to deal with the endogenous and exogenous factors that lead to the commission of crimes.

KEYWORDS: Psychopathies. Criminals. Culpability. Imputability. Security Measure.

1 INTRODUÇÃO

O tema relacionado à punibilidade e da aplicação da medida de segurança aos psicopatas homicidas no sistema penal brasileiro, será analisado de acordo com a criminologia, que em suma, estuda o crime, o criminoso e a vítima, ou seja, analisa o comportamento, a personalidade, a periculosidade e as causas da criminalidade, bem como medidas para intervir no ato delitivo de modo que o agente, após cumprir a sanção, se ressocialize no meio social. A medicina legal que trata de meios de investigações, através de técnicas e procedimentos médicos por meio de solicitação judicial, com intuito de averiguar e elucidar casos inerentes e de interesses judiciários, e a psiquiatria forense que no direito há três conceitos indispensáveis para o desenvolvimento da psiquiatria forense, são eles: entendimento, determinação e discernimento.

A psiquiatria forense tendo uma ligação com direito, visa buscar o equilíbrio e auxiliar as soluções e demandas judiciais empunhando assim seus conhecimentos e de tal forma buscando assim a adequações e o equilíbrio nos conflitos.

Serão analisados os comportamentos humanos decorrentes de psicopatias que tornam o individuo propenso à prática de crimes, analisando mais especificamente a psicopatia denominada distúrbio de personalidade anti-social, sua distinção dentre as outras psicopatias, bem como os reflexos de seu diagnóstico em face da lei penal.

O trabalho buscará identificar as psicopatias que podem ocasionar a prática de crimes, analisar os fatores endógenos e exógenos relacionados à psicopatologia denominada distúrbio de personalidade anti-social, explicar as consequências do

diagnostico dessa psicopatia no curso da persecução penal, bem como descrever como se dá a punição e a aplicabilidade da medida de segurança ao agente no atual sistema penal brasileiro aos portadores desta psicopatia.

Para tanto serão utilizados os métodos de pesquisa científica e a metodologia compreendida ainda na indicação de como será feita a análise do material pesquisado ou do tipo de análise que será efetuada: seletiva, crítica ou reflexiva, descritiva, analítica etc.

2 PSICOPATIAS (TRANSTORNOS DE PERSONALIDADE)

A psicopatia tem como características o comportamento emocional, interpessoal e comportamental que conduz ao modo de funcionamento patológico, que se resume em uma desordem emocional que ocasiona o aumento de comportamentos anti-sociais. É uma anomalia psíquica, um transtorno anti-social da personalidade, devido à qual, apesar da integridade das funções psíquicas e mentais, a conduta social do indivíduo que sofre dessa anomalia se encontra patologicamente alterada.

Conforme a Autora Ana Beatriz Barbosa:

> Existem, basicamente, três correntes acerca do tema psicopatia e seu conceito. A primeira considera a psicopatia como uma doença mental. A segunda a considera como uma doença moral, enquanto que a terceira corrente considera a psicopatia como transtorno de personalidade.164

As causas que se encontraram a conduta psicopática indicam que, por serem indivíduos relativamente insensíveis, quase nunca adquirem medos condicionados, tais como o medo da desaprovação social ou da humilhação, medo de que restrinjam suas más ações, medos esses que dariam a esses indivíduos um senso do bem e do mal.

164SILVA, Ana Beatriz B**. Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. P.36

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A manifestação do comportamento anti-social constitui uma das características fundamentais da psicopatia, embora nem sempre se verifique a prática criminosa.

Quando se fala de psicopata, logo imaginamos um individuo com cara de mau, de aparência estranha e desvios de comportamentos tão óbvios que poderíamos reconhecê-los a qualquer momento. Errado!!

Reconhecer um psicopata não é tão fácil assim. Pois eles enganam e representam muito bem. São pessoas frias, insensíveis, manipuladoras, perversas, transgressoras de regras sociais e desprovidas de sentimentos de culpa e remorso.

De acordo com a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa: "É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e severo. Qualquer que seja o grau de gravidade, todos, invariavelmente, deixam marcas de destruição por onde passam, sem piedade"165.

2.1 Das principais psicopatias que podem ocasionar a prática de crimes

Estes indivíduos, também recebem outras nomenclaturas como de sociopatas, personalidades antissociais, personalidades psicopáticas, personalidades dissociais, personalidades amorais, entre outras.

Mas podemos observar e reconhecer desde a infância a vida adulta, alguns comportamentos e características relacionados a psicopatias, observando a intensidade e com que frequência as tais características ocorrem.

Algumas das principais características de um psicopata segundo a Revista Superinteressante;

Podemos observar características de psicopatia desde a infância até a vida adulta. Antes dos 18 anos, por uma questão de nomenclatura, o problema é chamado de Transtorno da Conduta. Crianças ou adolescentes que são fortes candidatos à psicopatia possuem um padrão repetitivo e persistente que podem ser sintetizados pelas características comportamentais descritas abaixo:

165 SILVA, Ana Beatriz B. Mentes **perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. P.17

- Mentiras freqüentes (às vezes o tempo todo);
- Crueldade com animais, coleguinhas, irmãos etc.;
- Condutas desafiadoras às figuras de autoridade (pais, professores etc.);
- Impulsividade e irresponsabilidade;
- Baixíssima tolerância à frustração com acessos de irritabilidade ou fúria quando são contrariados;
- Tendência a culpar os outros por seus erros cometidos;
- Preocupação excessiva com seus próprios interesses;
- Insensibilidade ou frieza emocional;
- Ausência de culpa ou remorso;
- Falta de empatia ou preocupação pelos sentimentos alheios;
- Falta de constrangimento ou vergonha quando pegos mentindo ou em flagrante;
- Dificuldades em manter amizades;
- Permanência fora de casa até tarde da noite, mesmo com a proibição dos pais. Muitas vezes podem fugir e levar dias sem aparecer em casa;
- Faltas constantes na escola sem justificativas ou no trabalho (quando mais velhos);
- Violação às regras sociais que se constituem em atos de vandalismo como destruição de propriedades alheias ou danos ao patrimônio público;
- Participação em fraudes (falsificação de documentos), roubos ou assaltos;
- Sexualidade exacerbada, muitas vezes levando outras crianças ao sexo forçado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Introdução precoce no mundo das drogas ou do álcool;

- Nos casos mais graves, podem cometer homicídio.166

Em face de algumas destas características acima descritas, podemos relacionar algumas psicopatias que levam o agente à prática de crimes, tais como:

Transtorno narcisista - Tem exagero em querer se sentir superior e a necessidade em menosprezar e rebaixar os demais para se sentir bem. Se preocupa obsessivamente com a maneira com que os outros o enxergam. Isso é um transtorno de personalidade.

Transtorno paranóide – Este transtorno é caracterizado principalmente pela desconfiança e suspeitas gerenalizadas. As pessoas que sofrem deste transtorno, são cismadas demais, acham que estão sendo perseguidas. São desconfiados, têm sensibilidade excessiva a contrariedades e o sentimento de sempre serem prejudicados pelos outros.

Transtorno esquizóide – São desapegados, não têm interesse pelo contato social, têm dificuldade em se relacionar de forma íntima e afetiva com as demais pessoas e bloqueio para experimentar prazer e relações sexuais, e são indiferentes a elogios e críticas. (não é a mesma coisa que esquizofrenia).

Transtorno Borderline – Sua principal característica é a ausência de empatia. São indivíduos impulsivos e imprevisíveis. Agem de forma descontrolada em determinadas situações, tem perturbações que dificultam a definição de preferências pessoais e provocam o sentimento de vazio.

Transtorno Anti-social - As pessoas acometidas por este transtorno, são indiferentes aos sentimentos alheios, podem ter comportamento cruéis, não obedecem a normas e obrigações, violam os direitos das pessoas, cometem facilmente atos violentos e não sentem remorso pelo que fazem.

Este último, o transtorno de personalidade, descrito no DSM-IV-TR, como já relatado é caracterizado pelo comportamento impulsivo do indivíduo afetado, tem desprezo por normas sociais, e indiferença aos direitos e sentimentos dos outros.

166Disponível em http://www.psicopatia.com.br/psicopata.php. Acesso: em 30 set. 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Trindade, Beheregaray e Cuneo:

> [...] Apesar de Transtorno de Personalidade Antisocial e Psicopatia serem, muitas vezes, considerados sinônimos, a maioria dos pesquisadores concorda que o Transtorno de Personalidade Antisocial e a Psicopatia são patologias diferentes. A psicopatia é considerada uma doença mais ampla e grave e de difícil tratamento, sendo mais rara. O Transtorno de Personalidade Anti-Social refere-se, fundamentalmente, a condutas delitivas e antisociais.
>
> O Transtorno de Personalidade Antisocial caracteriza-se por um padrão de desrespeito a normas sociais e violação dos direitos dos outros, propensão a enganar e mentir para obter vantagens pessoais, impulsividade, dificuldades de fazer planos para o futuro, irritabilidade, agressividade, irresponsabilidade e ausência de remorso.
>
> O transtorno, porém, não é sinônimo de criminalidade. Muitos indivíduos com Transtorno de Personalidade Antisocial podem nunca vir a matar ou delinquir, adotando, por exemplo, um estilo de vida parasitário, em que usam os outros em benefício próprio, manipulando, sem nunca precisarem cometer atos violentos.167

Porém, como já visto, muitos dos indivíduos assumem um padrão de desrespeito e violação dos direitos dos outros, o que geralmente ocorre por volta dos 15 anos de idade, seguindo alguns critérios como impulsividade, irritabilidade, agressividade, propensão a mentiras, dificuldades a se adequar a normas sociais, cometendo assim comportamentos ilícitos, ausência de remorso. Vale ressaltar que o comportamento anti-social não ocorre exclusivamente durante o curso da esquizofrenia ou relacionado algum episódio maníaco.

3 FATORES ENDÓGENOS E EXÓGENOS QUE LEVAM O PSICOPATA À PRÁTICA DE CRIMES

167TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO. **Psicopatia - A máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39,40.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estudos afirmam que na verdade, os psicopatas são portadores do distúrbio do transtorno de personalidade anti-social.

> [...] transtorno catalogado desde 1968, cujos principais sinais são o desrespeito dos desejos, dos direitos ou dos sentimentos alheios e um padrão repetitivo de violação das normas. "A prevalência desse distúrbio na população é estimada em 2,5%", afirma o psiquiatra Marco Antônio Beltrão, diretor do Instituto de Medicina Social e Criminológica do Estado de São Paulo (Imesc). Segundo essa proporção, o Brasil teria nada menos que 4,5 milhões de pessoas nessa condição – o equivalente à soma das populações do Estado de Mato Grosso e de Sergipe. 168

Vejamos, quem nem todos os psicopatas são criminosos cruéis. Pois, não significa que quem sofra deste distúrbio, necessariamente seja ou se torne um assassino.

Diz o neurologista Henrique Del Nero, da Universidade de São Paulo:

> [...] na maioria dos portadores desse transtorno, o comportamento antisocial se manifesta por traços como egoísmo e falta de escrúpulos. É aquele colega de trabalho que atropela os outros para subir na vida ou o político que desvia dinheiro de um hospital para crianças órfãs com câncer para sua conta bancária. Boa parte dessas pessoas também são psicopatas". [...] "Mas menos de um 1% comete assassinatos cruéis.169

Desta forma passamos a analisar os fatores que contribuem para uma possível prática de crime. Precisamos admitir e reconhecer que há uma séries de problemas, fatores externos que podem levar alguém a prática de violências. Ou seja, uma serie de outros fatores interligados ao desenvolvimento da personalidade, como a violência, traumas infantis, como o abuso infantil, a falta de oportunidades associados ao o uso

168Disponível em http://super.abril.com.br/ciencia/mente-mata-442855.shtml. revista veja. Abr. 2009. Mente que mata, por Rodrigo Cavalcante / Adriano Sambugaro. Acesso em: 30 Set. 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de entorpecentes e os lugares onde a pobreza predomina e que atua direta e indiretamente na formação de um assassino frio.

O simples fato de ter posse de uma arma de fogo nas mãos, faz exaltar o ego da pessoa que convive com todo esses problemas, e faz com que o individuo que se sinta excluído, sinta por algum momento o prazer de sentir-se diferente, importante e no poder.A pessoa de poucas oportunidades e que vivem no mundo de exclusões, em uma sociedade que esbanja o consumismo e que possui frustrações e sofrimentos físicos e psíquicos que perturbam o equilíbrio emocional, possivelmente virá a ser um portador de distúrbios de personalidade anti-social e poderá vir a delinquir.

Analisando às causas contribuintes para o crime, faz-se avaliar os fatores exógenos,como a rejeição, abusos, frustrações, impotência sexual, entre outros, que contribuem e potencializam esses defeitos, Bem como;

- Os fatores sociais ligados à falta de estrutura familiar.
- Os fatores sociopedagógico relacionados à falta de educação e falta de educação moral.
- Fatores socioeconômicos, interligados a pobreza, ao desemprego, a exclusão, a falta de oportunidade, maus tratos, exploração, a sociedade preconceituosa que esbanja o consumismo, a ganância, más companhias e comportamento ilícitos.

Quanto aos fatores de ordem interna, chamados endógenos, encontram-se as neuroses e caracterizadas por fobias taras, comportamento histérico, agitado, impulsivo, violento, neurótico, agressivo apático, astênico, fanático, conforme salienta JORGE TRINDADE, senão vejamos:

> Essas anomalias, quando chegam aos estados mórbido-mentais, são chamadas de psicopatias ou neuroses e caracterizadas por fobias taras, comportamento histérico, agitado, impulsivo, violento, neurótico, agressivo apático, astênico, fanático; enfim, um comportamento desarmônico incompatível com as normas e padrões sociais. 170

7TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO. **Psicopatia - A máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, os fatores endógenos são relacionados ao psíquico, são denominadas causas internas, que podem, dependendo do caso, preponderar sobre outros fatores.

4 DO DIREITO PENAL E O CRIME

O direito penal constitui-se em um ramo do direito direcionado à tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Sendo assim, o direito penal objetiva tipificar condutas que são capazes de lesionar os bens jurídicos eleitos como os mais valiosos para uma convivência pacífica em sociedade.

Neste sentido, o crime, em seu aspecto sociológico, constitui-se em toda conduta humana que viola os bens jurídicos protegidos pela lei penal.

Sendo assim, o direito penal possui uma função de extrema importância em nossa sociedade que se caracteriza pela proteção dos valores essenciais para o convívio social.

O direito penal deve ser analisado, no entanto, sob dois aspectos. Primeiro deve ser analisado o resultado lesivo decorrente da conduta criminosa, ou seja, o dano causado pela prática do crime. Segundo deve ser analisada a própria conduta criminosa em si, ou seja, se a conduta do agente pode ser considerável reprovável sob o aspecto social.

Nesta linha de raciocínio, é possível concluir que a existência do crime não depende exclusivamente de um resultado que viola um bem jurídico penalmente tutelado, mas se faz necessário também uma detalhada análise da conduta do agente, no sentido de a mesma ser reveladora de reprovabilidade social.

Tal reprovabilidade social da conduta vem a ser chamada de culpabilidade. Logo, culpabilidade é o juízo de valor acerca da conduta criminosa do agente.

De acordo com a teoria finalista, adotada pelo código penal, temos que o conceito analítico de crime, que é a análise dos elementos que compõem o fato criminoso, são o fato típico e a ilicitude, também chamada de antijuridicidade, enquanto que a culpabilidade passou a ser um pressuposto para aplicação da pena, ou seja, não integra o conceito de crime, mas se faz como um requisito necessário para que haja aplicação de pena pelo juiz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma as consequências do diagnóstico dessa psicopatia no curso da persecução penal, dependerá de exames e avaliação médica para possível aplicação da sanção penal, cabendo o sujeito ser capaz ou não de compreender a ilicitude de sua conduta, ou seja, sua culpabilidade.

Ressalta-se que como ocorre a propensão para a prática de crimes, o indivíduo portador desta psicopatia pode ser considerado inimputável ou semi-imputável,como já dito, a depender do grau de discernimento do mesmo no momento da prática do fato criminoso.

Estabelece o art. 26 do Código Penal Brasileiro:

> Inimputáveis Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Redução de pena (...) Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.171

4.1 REFLEXOS DO DIAGNÓSTICO DAS PSICOPATIAS EM FACE DA LEI PENAL

4.1.1Da imputabilidade e semi - imputabilidade

Logo, entende-se que o inimputável é aquele que não possui nenhum discernimento acerca de fato criminoso praticado, o que pode ser ocasionado pela psicopatia objeto do presente trabalho.

Já o semi-imputável vem a ser aquele que possui um relativo discernimento acerca do fato criminoso praticado.

8Vade Mecum Saraiva, 2021, p.380.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se que a lei penal não prevê a aplicação de pena para estes indivíduos mas sim de medida de segurança, que vem a ser uma segunda espécie de sanção penal.

Para raciocinar sobre causas da culpa, deve-se levar em conta que a ligação psíquica entre o sujeito e o fato é feita mediante o conhecimento de culpabilidade e, por conseguinte, o da imputabilidade, necessita sempre empregar informações da ciência médica especializada na função psíquica.

> Desta forma, ao se aplicar noções das funções psíquicas à ética que se julgar da existência no mínimo de duas situações determinantes entre o sujeito e o ato; a situação voluntária (volitiva) e a situação involuntária (ou impulsiva casual). Induzindo para o direito a diferença entre essas duas formas de relacionamento dentre o sujeito e o objeto, deste modo, brotou a distinção jurídica entre dolo e culpa. 172

Para que exista o dolo, se faz necessário que três subsídios estejam preservados, sendo eles: a consciência do ato (psíquico), a vontade (psíquico) e o conhecimento da ilicitude (normativo). Para que haja a culpa, sem o dolo, tem que haver a ausência ou o prejuízo de um ou mais desses três elementos citados acima. Destarte, a culpa poderá existir, independentemente e da consciência. Já no que diz ao dolo, não. Sendo assim, a culpa independe da consciência do indivíduo.

De tal modo, a não imputabilidade ou a inimputabilidade encontram-se presentes, quando não se pode atribuir ao sujeito à culpa e, evidentemente, ao dolo. Quase sempre, essa situação diz respeito ao agente que não tem condições de discriminar a natureza ilícita de uma ação, ou seja, não tem consciência completa do que está praticando ou não tem nenhum tipo de domínio sobre sua vontade. Pode-se citar aqui o indivíduo que possui o transtorno de personalidade psicopática.

A culpabilidade, como já demonstrado anteriormente, é um pressuposto para aplicação da pena, um requisito para que o juiz possa aplicar pena ao agente. A culpabilidade, como juízo de reprovabilidade social da conduta, é composta pela capacidade e pela imputabilidade.

9 CAPEZ, Fernando**. Curso de Direto Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013 p.24.

Capacidade vem a ser a chamada maioridade, que o indivíduo atinge aos dezoito anos completos. Imputabilidade vem a ser a consciência sobre o caráter ilícito da conduta criminosa.

4.1.2 Da medida de segurança

A medida de segurança é a sanção penal imposta pelo Estado, com finalidade e preventiva, com o intuito de evitar que o autor que tenha praticado uma infração penal de periculosidade, volte a praticar semelhante delito.

Sua finalidade é exclusivamente preventiva, visando tratar o inimputável e o semi-imputavel, que de qualquer forma, demostram ter probabilidade de vir a cometer novas práticas danosas.

Sendo assim, para que o juiz aplique a medida de segurança em um caso concreto são necessários dois requisitos: Deve ficar comprovada a chamada "periculosidade", que vem a ser o potencial lesivo do agente, ocasionado pela doença da qual ele é portador, ou seja, a possibilidade de o indivíduo continuar a praticar crimes, além do segundo requisito que é a comprovação da prática do fato criminoso, que ocorre com o término da instrução processual.

No que se refere à periculosidade, esta pode ser de duas espécies: presumida ou real. A periculosidade presumida ocorre caso o agente seja considerado inimputável pelo perito. Já a real ocorre quando o perito atesta a semi-imputabilidade do agente. Neste caso, o juiz deverá verificar no caso concreto se existe ou não a periculosidade do agente, ou seja, o juiz decide acerca da periculosidade. Caso entenda que não exista, poderá, ao final do processo, aplicar pena ao agente, já entendendo que está presente a periculosidade, poderá aplicar medida de segurança ao final do processo.

Assim é o entendimento de Damásio E. de Jesus:

> Enquanto a pena é retributiva-preventiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinquente, a Medida de Segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais.[10]

4.1.2.1 Pressupostos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Embora de forma implícita, constituem pressupostos fundamentais para a aplicação das medidas de segurança, tanto a prática de fato previsto como crime, quanto a periculosidade do agente, conforme se verifica nos artigos 97 e 98 do Código Penal Brasileiro.

> Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
>
> Prazo
>
> § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.
>
> Perícia médica
>
> § 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, seo determinar o juiz da execução.
>
> Desinternação ou liberação condicional
>
> § 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.
>
> § 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.
>
> Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável.

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.173

Pressuposto da aplicação da medida de segurança é também a periculosidade, ou seja, o conhecimento da possibilidade de voltar a delinquir. Embora se tenha afastado quase que completamente do texto legal o termo "periculosidade", o Código Penal ainda reconhece tal estado em algumas hipóteses, como as do art. 77, inciso II, e art. 83, parágrafo único, pelos quais se negam o sursis e o livramento condicional àqueles que, por suas condições pessoais, provavelmente voltarão a cometer ilícitos penais.

4.1.2.2 Espécies

São duas as modalidades de medidas de segurança, a detentiva e restritiva.

A detentiva, trata-se de internação em hospital de custodia e tratamento psiquiátrico. Art 97, CP.

É aplicada, em regra, para os indivíduos que praticaram crimes punidos com pena de reclusão.

Uma vez que o laudo pericial apontar a inimputabilidade do indivíduo, estará preenchido o primeiro requisito para aplicação da medida de segurança que é a periculosidade do agente, devendo o juiz prosseguir no processo afim de que se verifique o preenchimento do segundo requisito, qual seja, a prática do fato criminoso, o que acarretará a aplicação de uma medida de segurança detentiva caso o crime praticado seja punido com pena de reclusão.

A internação do agente deve ser realizada em hospital de custódia, uma vez que se trata de indivíduo reconhecidamente portador de uma psicopatologia que pode ocasionar a prática de crimes. Em alguns Estados da Federação, é possível

12Vade Mecum Saraiva, 2021, p.384.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

encontrarmos Manicômios Judiciais, que são locais destinados exclusivamente aos portadores de psicopatias, onde o tratamento é realizado de modo mais adequado.

Não se admite, em hipótese alguma, apesar de se verificar como uma prática rotineira em vários Estados brasileiros, o encaminhamento do indivíduo condenado à medida de segurança detentiva às Cadeias Públicas ou Penitenciárias, em razão da falta de hospitais de custódia ou Manicômios Judiciais.

Tal realidade reflete a falta de estrutura do nosso sistema penitenciário e ocasiona na maioria dos casos um grave retrocesso no estado de saúde do condenado, uma vez que tanto a Cadeia Pública quanto a Penitenciária não possuem as condições específicas de tratamento destas patologias.

Ressalta-se ainda que é possível que o juiz determine o cumprimento de medida de segurança detentiva para o agente que praticou crime punido com pena de detenção, dependendo do grau de periculosidade do agente, o que deve ser apontado no laudo pericial.

Já a Restritiva, refere-se a tratamento ambulatorial e destina-se ao agente que praticou crime punido com pena de detenção.

No tratamento ambulatorial são dispensados cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento, que não implica em internação. Quando sujeito a esse tratamento o agente deve comparecer ao hospital nos dias em que o médico determinar, para que, de tal forma, seja aplicada a terapia prescrita.

É um tratamento que pode ser à base de medicamentos ou mesmo terapias que busquem uma melhoria na periculosidade do agente.

Ressalta-se que se no curso do cumprimento da medida de segurança restritiva ocorrer um retrocesso no estado de saúde do agente que resulte em um aumento da periculosidade, o juiz da execução penal pode determinar a conversão da medida de segurança restritiva em medida de segurança detentiva, ou seja determinar a internação do agente em hospital de custódia ou em manicômio judicial.

Não existe previsão legal para o inverso, ou seja, se o paciente praticou crime punido com a pena de reclusão e iniciou o cumprimento de medida de segurança detentiva, não poderá, em hipótese alguma, ser transferido para medida de segurança restritiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.1.2.3 Aplicação

A aplicação da medida de segurança depende, como já mencionado, do preenchimento de dois requisitos, que são a periculosidade do agente e a comprovação da prática do fato criminoso.

Se no curso da persecução penal ocorrer a suspeita de que o agente seja portador de alguma psicopatia, a defesa, o Ministério Público ou mesmo o juiz, de ofício, podem instaurar o chamado incidente de insanidade mental. Trata-se de um incidente processual que irá verificar a sanidade mental do indivíduo ao tempo da prática do fato criminoso.

Neste incidente processual o agente será submetido à perícia médica para verificação do grau de discernimento no momento da prática do fato criminoso.

Em se verificando que o agente não possuía nenhum discernimento acerca do fato criminoso praticado, o laudo apontará para a inimputabilidade do agente.

No entanto, se ficar comprovado que o agente possuía um relativo discernimento acerca do fato criminoso que praticou, o laudo apontará para a semi-imputabilidade.

Ressalta-se que, na inimputabilidade, a periculosidade, que é um dos requisitos para aplicação da Medida de Segurança, será presumida, ou seja, para o inimputável presume-se o potencial lesivo, que consiste na probabilidade que o agente possui de continuar a praticar crimes.

Já na semi-imputabilidade a doutrina costuma afirmar que a periculosidade não é presumida, mas sim real, ou seja, o juiz deve constatar, no curso do processo, o grau de discernimento do indivíduo acerca do fato criminoso praticado. Ou seja, se no decorrer do processo o juiz verificar que o agente possuía um grau de discernimento suficiente para entender o fato criminoso, poderá aplicar pena ao final da persecução penal, com o caso de diminuição de pena previsto no parágrafo único do art. 26 do Código Penal Brasileiro, enquanto que se entender que o agente não possuía um suficiente discernimento acerca do fato praticado, poderá aplicar Medida de Segurança.

Em todos os casos, o magistrado deverá prosseguir no curso do processo para que se verifique a presença do segundo requisito para aplicação da Medida de Segurança, que é a comprovação da prática do fato criminoso, pois caso não reste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

comprovada a prática do fato criminoso, o agente deverá ser absolvido ao final do processo e não condenado à Medida de Segurança.

4.1.2.4 Do prazo e da cessação da periculosidade

A medida de segurança, como tratamento destinado ao semi-imputável e ao inimputável que praticou um fato criminoso e possui a chamada periculosidade, não possui, na nossa legislação pátria, prazo de duração, uma vez que a presunção da lei é no sentido de que o agente deve executar o tratamento até que ocorra a cessação da periculosidade.

Sendo assim, a sentença que condena o agente à medida de segurança, não prevê um prazo para sua duração, uma vez que o agente deve ser tratado até que persista a probabilidade da prática de crimes, chamada de periculosidade. No entanto, tal sentença penal condenatória já estabelece o prazo para que o agente realize a primeira reavaliação.

A lei prevê que o juiz da sentença penal condenatória já deve fixar o prazo, que pode ser de no mínimo um ano e no máximo três anos para que o agente realize a chamada reavaliação, que consiste em um novo exame médico com a finalidade de verificar se persiste ou não a periculosidade do agente.

É possível que mediante pedido da defesa ou mesmo do Ministério Público, o juiz da execução penal autorize que a reavaliação seja feita em um período menor que aquele estabelecido pelo Juiz na sentença penal condenatória.

Deste modo, caso o laudo médico aponte que permanece a periculosidade do agente, o juiz da execução penal deverá renovar o prazo para nova reavaliação, e assim deverá proceder nas próximas reavaliações, por prazo indefinido, sempre que o laudo médico indicar que persiste a periculosidade do agente.

De outro modo, caso o laudo pericial aponte para a cessação da periculosidade, o Juiz da execução penal poderá por fim ao cumprimento da medida de segurança, determinando a desinternação caso o agente cumpra medida de segurança detentiva ou a liberação caso o mesmo cumpra medida de segurança restritiva.

Cumpre ressaltar a existência de posicionamentos doutrinários que limitam o tempo de duração da medida de segurança ao tempo de cumprimento da pena máxima prevista em abstrato no tipo penal de acordo com o crime praticado, outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

entendem que o juiz deve limitar a trinta anos, em analogia ao que dispõe o art. 75 do Código Penal, que seria o limite para o cumprimento de pena privativa de liberdade, no entanto, tais opiniões permanecem minoritárias, uma vez que se entende que a medida de segurança, como tratamento que é, deve perdurar o tempo necessário para que cesse a periculosidade do agente.

Por fim, esclarece-se que a desinternacão ou a liberação do agente será sempre condicional, de modo que, caso o agente volte a praticar qualquer fato indicativo de que persiste a periculosidade dentro de um período de um ano, votará à situação anterior. Sendo assim não é necessário que o agente volte a praticar crime neste período, mas sim qualquer ato que indique a persistência da periculosidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa determinou as principais psicopatias que podem levar o indivíduo à prática de crimes, dando ênfase à psicopatia denominada distúrbio da personalidade anti-social. Foram listadas as principais características e fatores determinante para o diagnóstico das psicopatias que podem levar o agente à prática de crimes, de modo a possibilitar a identificação destes indivíduos em casos concretos no decorrer de processos criminais, tornando a aplicação da lei penal mais adequada e o processo mais eficiente.

A importância acerca do conhecimento das características destes indivíduos pode refletir em um número muito maior de diagnósticos de psicopatias no curso de processos criminais do que o que existe hoje. A falta de conhecimento acerca das principais características comportamentais de indivíduos portadores de psicopatias ainda ocasiona a aplicação da sanção penal inadequada ao caso concreto, deixando o agente criminoso sem o devido tratamento.

Em razão deste eventual diagnóstico pode ocorrer o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, o que pode vir a acarretar a aplicação de medida de segurança ao mesmo.

Foram expostas as espécies de medida de segurança, que vem a ser a sanção penal adequada para estes indivíduos, bem como os requisitos para sua aplicação e detalhado o seu desenvolvimento, de acordo com o crime praticado, até o seu término que deve ocorrer com a cessação da periculosidade do agente, demonstrando que o mesmo não possui mais a probabilidade de voltar a praticar crimes em razão da doença mental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Verificou-se ainda que os indivíduos que são condenados à medida de segurança não podem, em hipótese alguma, cumprir pena em estabelecimento prisional, uma vez que não cumprem pena, mas sim um tratamento estabelecido pela lei. No entanto, verifica-se ainda que em diversos Estados da Federação os indivíduos condenados à medida de segurança são postos em cadeias publicas, sem um tratamento adequado e individualizado de acordo com o que requer a psicopatia diagnosticada.

A falta de estrutura do Estado ainda figura como o principal óbice para efetivação da medida de segurança, impedindo-a de fazer funcionar do modo previsto na legislação penal brasileira.

EFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Núbia M. Garcia**. Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 2ª ed. 2006;

CASOY, Ilana. **Serial Killers:** Made in Brasil. Editora Arx. 4ª ed. São Paulo. 2004;

CARDOSO, Leonardo Mendes; **Medicina legal para o acadêmico de Direito.** Editora Del Rey. 2ª ed. Belo Horizonte. 2009;

CAPEZ, Fernando.**Curso de Direito Penal**. 17º ed. Vol. Saraiva,São Paulo 2013;

CAPEZ, Fernando. Prado, Stela. **Código Penal Comentado** . 3ª ed. Saraiva. 2012;

CURIA, CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana. **Vade Mecum Saraiva** 31ª Ed atual – São Paulo: Saraiva 2021;

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos Réus:** Casos Passionais célebres:de Pontes Visgueiro a Mizael Bispo de Souza.Editora Saraiva. 6 ª ed. São Paulo. 2013;

JÚNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Curso Completo de Direito Penal** parte geral e parte especial. 10ª ed, revista e atualizada. Editora Del Rey. Belo Horizonte, MG. 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** Editora Atlas. 7ª ed. São Paulo. 2010;

MOURA, George; Araujo, Flavio; reportagem; Barros, Marcelo Faria de. **Crimes que abalaram o Brasil.** Editora Globo. São Paulo. 2007;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SILVIA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas:** O psicopata mora ao lado. Editora Objetiva. Rio de janeiro 2008;

SUMARIVA, Paulo; **Criminologia: teoria e prática.** Editora Impetus. Niterói, RJ 2013;

TRINDADE, Jorge. **Psicopatia - A máscara da justiça**. Jorge Trindade, Andréa Beheregaray, Mônica Rodrigues Cuneo. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009;

TABORDA, José G.V., Elias Abdalla Filho, Miguel Chalub. **Psiquiatria Forense.** Editora Artmed. 2ª ed. Porto Alegre. 2012;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SIMILARIDADE JURÍDICA ENTRE A GUARDA DE ANIMAIS E A GUARDA DE CRIANÇAS

JARLENE BARROS NEVES: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC

RESUMO: Este Artigo tem por objetivo apresentar a situação da guarda compartilhada de animais em casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus donos, e verificar quais as implicações provocadas com a ausência de regras sobre a questão. Assunto ainda novo na legislação pátria. Muitos desses animais acabam se tornando membros efetivos das famílias, portanto, quando essa família se desfaz, como quando há a separação do casal responsável pelo lar, existe uma questão que tem se tornado constante: quem fica com o Pet? Sendo assim, é prioridade se estabelecer princípios legais para pautar tal situação. Para encontrar parâmetros que a subsidiem, a metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e documental, vislumbrando também a fundamentação legal dos institutos aqui analisados. Foi feito uma breve análise no que tange guarda compartilhada de crianças, pois, tomadas as devidas proporções, segue interesse parecido e os mesmos personagens envolvidos, levando em consideração o amor e afeto que esses animais.

Palavras-chave: Animais de Estimação -Guarda Compartilhada - Legislação

ABSTRACT: This Article aims to present a situation of the shared custody of animals in cases of litigious dissolution of the society and of the conjugal bond between its owners, and to verify which are the ones provoked with the absence of rules on the issue. Still a new subject in the national legislation. Many animals end up becoming effective members of families, so when that family falls apart, as when there is a separation from the couple responsible for the home, there is a question that has become constant: who stays with the Pet? Therefore, it is a priority to establish legal principles for the situation. In order to find parameters that support it, the methodology employed was bibliographic and documentary research, also envisioning the legal foundation of the institutes here obstacles. A brief analysis was made regarding the shared custody of children, since it recovers the proper proportions, follows a similar interest and the same characters involved, taking into account the love and affection that these animals have.

Keywords: Pets - Shared Guard - Legislation

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução – 2. Guardas Compartilhadas 2.1 Guarda compartilhada de crianças; 2.2 Guarda compartilhada de animais 2.3 Crianças e animais: guardas compartilhadas 3. Conclusões. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em um mundo de milhões de pessoas preocupadas com a relação entre o número total de habitantes e a necessária quantidade de alimentos para atender à demanda mínima desse contingente, visando a preservação e a perpetuação da espécie humana.

Obviamente, com o aumento populacional, será necessário aumentar o contingente ocupado em plantar muito mais e produzir ainda mais, para suprir as necessidades básicas e os anseios de tantos indivíduos.

Nessa multidão, constata-se haver muitas famílias que optaram por não se perpetuar, ou seja, escolheram por não ter filhos. Na maioria dos casos, é uma decisão consensual, embasada em fundamentos subjetivos, não necessariamente decorrente da preocupação com eventual escassez de alimentos, fato que poderia afetar gerações futuras.

Por outro lado, muitos desses casais, ou dessas pessoas, escolheram ter um animal em seus domicílios. Dessa forma, há inúmeros indivíduos que se completam e incontáveis famílias que se suplementam com o que o senso comum chama de animal de estimação.

Esse tema, que vem sendo discutido progressiva e exponencialmente em todas as camadas sociais, é propósito do projeto de lei que cria no Brasil o marco regulatório dos animais de estimação de autoria do senador Luis Carlos Heinze, que esclarece que o objetivo é, além de reconhecer a importância que esses animais têm para o ser humano, conferir segurança jurídica aos segmentos econômicos envolvidos no setor (AGENCIA SENADO, 2020)..

Pelo projeto PL 6590/2019, os animais de estimação são definidos como seres de senciência e sensibilidade, devendo ser protegidos contra maus-tratos, com plena condição de bem-estar. São destinações principais deles, entre outras: companhia, lazer, terapia, criação, guarda, trabalho, auxílio a pessoas com deficiência, esportes, participação em torneios e exposições, reprodução para melhoramento genético e trabalhos especiais (AGENCIA SENADO, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esses animais passam a ser considerados essenciais à boa qualidade de vida do homem na sociedade, estando assegurado a eles uma vida digna. Por isso, devem ter acesso à água limpa, alimentação completa, balanceada e adequada à espécie.

Também devem ter acesso a zelo e exercícios, acompanhamento médico-veterinário e provimento de medicamentos quando necessário. Também devem ter segurança e condições adequadas de transporte. (AGENCIA SENADO, 2020).

Não raro, é possível identificar locais em que se encontram até mais de um exemplar de estimação. Em consulta a dados oficiais do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constata que o Brasil é o segundo país na quantidade de animais de estimação. Os números de 2018 indicam a presença de 139,3 milhões desses animais. São 54,2 milhões de cães, 39,8 milhões de aves, 23,9 milhões de gatos, 19,1 milhões de peixes e 2,3 milhões de outras espécies (répteis, anfíbios e pequenos mamíferos). O Brasil já tem mais cães e gatos do que crianças em seus lares (INSTITUTO PET BRASIL, 2018).

Paralelamente, é de se constatar que, se no passado a logística (saúde, alimentação, higiene corporal, transporte, etc.) para criação e manutenção desses animais era extremamente deficiente e/ou insuficiente, hoje há um qualificado espectro encarregado deste suporte.

A indústria de pets tem crescido e movimentado o mercado. Existem diversos produtos específicos para esses novos clientes, que variam de comidas fitness até serviços de hotelaria.

A cadeia produtiva brasileira ligada à área (Cadeia Pet) também já é a segunda maior do mundo no ranking de faturamento com produtos e serviços (perdendo apenas para os Estados Unidos). São os segmentos Pet Food, Pet Care, Pet Vet, comércio, serviços técnicos e criatórios. (AGENCIA SENADO, 2020).

A Cadeia Pet é um dos setores que mais gera postos de emprego. Levantamentos mostram que, até o final de 2018, gerou aproximadamente 2 milhões de empregos diretos. No ano passado, novos investimentos alcançaram R$ 420 milhões, que deverão ser de R$ 2,1 bilhões em 2025, segundo as projeções do próprio setor (AGENCIA SENADO, 2020).

Sendo assim, outras necessidades e inter-relacionamentos foram surgindo, foram estimulados neste novo ambiente, onde os pets são amados e, alguns, são tidos, até, como membros da família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Resguardado o equívoco, decorrente de eventual exagero de argumentação, quando se observam sintonia e, até, interdependência, entende-se razoável presumir que certos animais têm uma aguda percepção de pertencimento.

E, ao que parece, visando a uma convivência harmoniosa e pacífica, esse sentimento seria o responsável pelo rápido entendimento sobre o que deve e o que não deve ser feito por eles.

Aqui, refulge cristalina a oportunidade conveniência e necessidade de serem citados dois ensinamentos de Burrhus Frederic Skinner.

Conforme o festejado psicólogo e escritor, os humanos modelam condutas baseadas em procedimentos objetivos na coleta de dados, rejeitando a introspecção behaviorismo, utilizando o comportamento dos animais não como forma de poder estudar as particularidades que os animais possuem quanto aos seus comportamentos, mas para procurar leis universais que regem o comportamento dos organismos (SKINNER, 1953).

O segundo é o conceito de Condicionamento Operante, que é o procedimento através do qual é modelada uma resposta no organismo através de reforço diferencial e aproximações sucessivas, resposta que gera uma consequência que afeta a sua probabilidade de ocorrer novamente; se a consequência for reforçadora, aumenta a probabilidade, se for punitiva, além de diminuir a probabilidade de sua ocorrência futura, gera outros efeitos colaterais (SKINNER, 1953).

Além de uma forte presunção de que animais têm acentuada percepção de pertencimento, é de se conjecturar que a forma de tratamento dispensado a eles influencia substancialmente em sua sensibilidade.

Postas tais informações, evoca-se um acontecimento que vem aumentando nas famílias: o fim de relacionamento conjugal. Antes, havia a anulação, o desquite, a separação e, agora, o divórcio, com toda uma legislação que, se não torna o fato menos doloroso, pelo menos mostra-se mais ágil e mais justo para ambas as partes.

Há algum tempo, nesse evento, priorizavam-se exames referentes a aspectos econômicos. A partir de 1977, e subsequentemente, a legislação modernizou-se e, hoje, procura-se identificar os perversos efeitos sociais do desfazimento e a forma de amenizá-los em cada um dos envolvidos: o casal, os filhos e a família em geral.

Nesse diálogo é oportuno invocar uma situação que, para muitos, é extremamente importante: a presença de animais de estimação, cujo grau de afeição por eles pode motivar, inclusive, serem considerados como integrante da família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sem dúvida, um dos fortes motivos que contribuía para a demora do divórcio era a falta de consenso sobre a guarda de filhos. Felizmente, a Lei 13.058/2014, que trata da guarda compartilhada, veio pacificar o conflito. Contudo, há um vácuo em relação à guarda desses animais.

Este trabalho se propõe a identificar as semelhanças entre o compartilhamento de guarda de animais de estimação e o compartilhamento de guarda de crianças. Como objetivos específicos, serão aqui identificadas as características do processo de compartilhamento de guarda e analisada a proposta da lei de custódia compartilhada de animais e, finalmente, serão verificados os pontos comuns e os que se diferem nos dois tipos de compartilhamento.

Para embasar tal trabalho, foi realizada uma pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas.

Para uma adequada comprovação de que a pesquisa realizada é uma pesquisa bibliográfica, o pesquisador deve propor um problema de pesquisa e um objetivo que estejam em consonância e que a resposta que será buscada está nos livros, artigos, teses, dissertações e ainda, com o advento da internet, muitos dados poderão ser buscados na rede, ou ainda, a resposta encontrada seja o contrário do que está nos livros e artigos. (ELIAS GARCIA, 2015)

Sendo assim, a pesquisa bibliográfica aqui realizada foi o aporte necessário para conduzir este trabalho.

2.GUARDAS COMPARTILHADAS

A seguir, serão apresentados dois modelos de guardas compartilhadas. O primeiro, e mais comum, se refere à guarda de crianças. Logo após, a guarda compartilhada de animais de estimação. Este último, ainda sob vários olhares e análises jurídicas.

2.1 GUARDA COMPARTILHADA DE CRIANÇAS

Conforme apresentado inicialmente, este trabalho visa a debater uma questão que, a par de ser relativamente antiga, não está muito bem definida até os dias atuais: a guarda compartilhada de animais de estimação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, constata-se que o Direito vem aprimorando e trazendo enorme contribuição para que se consolide a legislação relativa à guarda compartilhada de crianças. Em razão disso, optou-se por examinar a regulamentação dessas duas guardas, confrontá-las e tirar uma conclusão sobre suas equivalências.

Portanto, reitera-se, o embasamento para construir o pensamento, identificar decisões em vigor ou mesmo em andamento e apresentar a pesquisa sobre este tema - a guarda compartilhada de animais - é advindo das leis de guarda compartilhada de crianças.

Começou-se por examinar a Lei 13.058, de 23 de dezembro de 2014, efetivamente, um marco na regulamentação da guarda. Ali estão previstos dois tipos de guarda: a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Conforme essa nova lei, essa última deve ser priorizada, em detrimento daquela, que, até então, era a regra, e que hoje é considerada injusta.

Nessa lei está prevista que, na guarda unilateral, os filhos moravam com um dos pais, considerado o maior responsável pelas decisões que afetavam a criação desses menores.

Se esse genitor tinha responsabilidades, o outro tinha certos direitos, definidos pelo juiz, como, por exemplo, o de visitas e o de acompanhar a educação dos filhos. Em paralelo, recebia certas obrigações, como o pagamento de pensão alimentícia.

Opostamente, na guarda compartilhada, responsabilidades, direitos e obrigações são distribuídos igualitariamente. Vale dizer que, dentre várias outras situações, as decisões envolvendo procedimentos relativos à criação dos filhos, busca de procedimentos para lhes dar uma vida saudável, o fluxo de convivência alternada, são resultantes de deliberação consensual.

Objetivamente, vem a lume o conceito de guarda compartilhada, apresentado por Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 185):

> "*A ideia é fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas decisões".*

Ainda que de passagem, parece interessante discorrer sobre a Guarda Alternada, uma ocorrência que, às vezes, é confundida com a Guarda Compartilhada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Recorre-se à Mestre em Direito Público, R*osangela Paiva Epagnol (2003, s.p.),* que orienta sobre essas duas guardas:

> *"A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes. (...)"*

Não são poucas pessoas envolvidas no âmbito da guarda de menores que vislumbram um vínculo entre a Guarda compartilhada e guarda alternada.

Porém, acredita-se que nada há que se confundir, pois, uma vez já visto os objetos do primeiro instituto jurídico, não resta dúvida que dele apenas se busca o melhor interesse do menor, que tem por direito inegociável a presença compartilhada dos pais, e parece que, etimologicamente o termo compartilhar, traz a ideia de partilhar + com = participar conjuntamente, simultaneamente.

Ideia antagônica à guarda alternada, cujo teor o próprio nome já diz. Diz-se de coisas que se alternam, ora uma, ora outra, sucessivamente, em que há revezamento. Diz-se do que ocorre sucessivamente, a intervalos, uma vez sim, outra vez não.

Aliás, segundo a mesma autora, tal modelo de guarda não tem sido plenamente aceita perante os tribunais, pelas suas razões óbvias, ou seja, ao menor cabe a perturbação quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz perplexidade e mal-estar no presente, e nos futuros danos consideráveis à sua formação no futuro.

Apesar de obrigatória, a guarda compartilhada ainda suscita dúvidas que acabam por prejudicar sua efetiva implementação.

Todos os comportamentos e procedimentos fluem para um objetivo final: a saúde de crianças e adolescentes. Complementa-se com o conceito de Saúde, fixado pela Organização Mundial de Saúde (OMS): "é o completo bem-estar físico, mental e social, e não só a ausência de doenças" (IAMANDÚ, 2019).

Fechando este capítulo, numa síntese, é correto afirmar que a guarda compartilhada, em ocorrendo o fim de vínculo conjugal ou de união estável, é um procedimento alternativo que pode trazer reflexos extremamente positivos na vida dos filhos (relacionamento afetivo, crescimento físico e emocional) e na vida do ex-

casal (com ênfase no exame e nas soluções consensuais). Desde que o processo se alicerce em decisões consensuais e instrumentalizado com informações técnicas.

2.2. GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS

A partir do tópico anterior, pressupõe-se que as informações e observações citadas anteriormente, permitem entender-se, genericamente, o que ocorre quando lares com crianças são desfeitos, e que providências ou quais alternativas há, de momento, para que os danos colaterais sejam o mínimo possível.

Mesmo lembrando que a presença de animais em lares seja secular, as respostas a esses questionamentos, ainda hoje, carecem de maiores contribuições técnicas, para um adequado exame, minimamente, sob a óptica jurídica, psicológica, sociológica.

Porque, sem dúvida, referido questionamento é um fato social emergente, essa busca por decisões justas que atendam às partes envolvidas. E, por certo, não se está falando apenas do casal litigante, mas, também, e muitas vezes, do interesse de crianças, as quais, em maioria, costumam entender os animaizinhos de estimação como membro da família.

Provavelmente, a enorme afeição que as pessoas, principalmente as crianças, têm por esses animais, pode ser uma das vertentes que compõem o clamor para um novo enquadramento, uma nova conceituação do que seja Família, até então, com estrita observância de consanguinidade.

Assim, é de se destacar o foco que a expressão humanidade vem recebendo, sendo um fator interveniente extremamente importante para serenar ânimos, reduzir estresses, manter a harmonia, mesmo que em mínimos níveis de tolerância, quando ocorre litígio entre casais.

No Michaelis, Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa, encontra-se o siginificado do termo - humanidade - como: "1. Totalidade das características peculiares à natureza humana; 2. Conjunto dos seres humanos; 3. Sentimento de compaixão entre os seres humanos". (MICHAELIS, s.p).

Consultado, o Google pareceu oferecer conceituação mais robusta, abrangente e moderna: 1. Conjunto de características específicas à natureza humana; 2. Sentimento de bondade, benevolência, em relação aos semelhantes, ou de compaixão, piedade, em relação aos desfavorecidos. (GOOGLE, s.p)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

E, em razão dessa abordagem de humanidade, seja bondosa ou benevolente, seja de compaixão ou de piedade, é que emerge a necessidade de se reconhecerem princípios de convivência e de se fixarem parâmetros para que isso ocorra, exatamente para que se instale um ambiente alegre, feliz, em razão da reciprocidade de tratamento que deve haver entre racionais e irracionais de estimação, mesmo quando ocorre separação de casais.

Os animais conquistaram um espaço de ser humano na casa de seus tutores, **t**rata-se de um questionário conduzido pela Associated Press nos Estados Unidos, que confirmou essa hipótese, revelando que metade dos tutores consideram os seus animais domésticos membros totais da família (como se fosse biológico) e outros 36% consideram os animais membros parciais da família (é da família, mas não é igual aos humanos) (JUSBRASIL, s.p).

No que tange à legislação, é possível afirmar-se que, juridicamente no Brasil os animais possuem status de *coisa*, ao contrário de certos países, como a Nova Zelândia e a França, que modificaram suas legislações conferindo aos animais o status de seres sencientes, ou seja, retirando-os definitivamente da condição de coisa. Outros países, como a Alemanha, Suíça e Áustria fazem constar em seus textos legais, expressamente, que animais não são objetos.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo VI (Do Meio Ambiente), artigo 225, fixou que:

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> (...)
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988).

Antes da promulgação da CF/88), dentre outros dispositivos que se referiam aos animais, temos a Lei das Contravenções Penais:

> "Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:
>
> Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.
>
> § 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.
>
> § 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público. (BRASIL, 1988)

Após a CF/88, foi sancionada a Lei 9.605/98 que, por abordar condutas lesivas à natureza, recebeu o nome de Lei da Natureza.

No Brasil, desde 2015, tramita, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 351, que visa a incluir no Código Civil em seu art. 82, um parágrafo único: "animais não serão considerados coisas" (SENADO FEDERAL, s.p.).

Registre-se que, desde 2014, tramita na Câmara Federal um projeto objetivando a incluir no art. 2º do Código Civil:

> "Art. 2 – A. Os animais gozam de personalidade jurídica sui generis que os tornam sujeitos de direitos fundamentais e reconhecimento a sua condição de seres sencientes.
>
> Parágrafo único: São considerados direitos fundamentais a alimentação, a integridade física, a liberdade, dentre outros necessários a sobrevivência digna do animal".

O desafio de encontrar o ponto de equilíbrio, que satisfaça integralmente interesses de casais litigantes e, também, conforme já se falou, dos filhos desses casais, já chegou, inclusive aos Tribunais.

Transcreve-se, a seguir, parte de artigo, de autoria de Michelle Sanches Barbosa Jeckel, advogada, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, em que apresenta algumas sentenças já prolatadas. Por entender-se que é um precioso conteúdo, o trecho é aqui trazido ipsis litteris:

> "O tema da guarda e regulamentação das visitas envolvendo animais de estimação é desafiador e constitui algo novo para os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Tribunais quando o assunto versa sobre ações de divórcio e dissolução de união estável, todavia, muitas lides já chegaram ao Judiciário e vêm sendo decididas de maneira muito acertada.
>
> É o caso de uma decisão proferida em sede de apelação cível interposta na Sétima Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, onde o marido recorreu para que a decisão de primeira instância fosse modificada em alguns pontos, entre eles a determinação de que o cachorro de estimação do casal ficasse sob a guarda da mulher, para tanto, sustentou que o animal foi um presente paterno, razão pela qual ele deveria deter a guarda do cãozinho, contudo, não obteve êxito, já que os desembargadores negaram o pedido alegando que na caderneta de vacinação do cão chamado Julinho, não constava o nome do homem como proprietário, mas sim da mulher, o que levou a concluir que era ela quem cuidava do animal de estimação, devendo a guarda permanecer com ela" (JECKEL, 2015).

Assim, observa-se que já existem casos e decisões comentados sobre o citado assunto. Pode-se concluir que, brevemente, outros fatos serão descritos e analisados sobre a ótica jurídica.

Está se cumprindo uma tendência de relevar a vida do animal de estimação tal qual a de um ente humano querido. Muito ainda há que se debater, mas os primeiros passos foram concluídos com sucesso.

2.3. CRIANÇAS E ANIMAIS: GUARDAS COMPARTILHADAS

Por certo, ao se discutir este tema, tão instigante quanto preocupante, é absolutamente necessário considerar-se nossa realidade fática, onde a família exerce papel fundamental na sociedade.

Evidentemente, fala-se de uma família onde preponderam a convivência harmoniosa, a alegria e a felicidade decorrentes desse convívio.

Contudo, não raro, encontram-se casais que, independente de tempo de união, surpreendem com a separação, seja consensual, seja via procedimento litigante.

Sendo adultos, ajuizados ou não, são responsáveis por seus atos. E, lamentavelmente, não há um número expressivo que se preocupa com a repercussão, da separação de pais, junto às crianças, em seus filhos. Significa dizer que as crianças ficam traumatizadas, quando isso ocorre através de consenso, e, acredita-se, bastante traumatizadas, quando é resultado de separação litigiosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Incertezas, melancolia, revolta, sensação de abandono e outros tristes sentimentos podem apossar-se das crianças.

Ultimamente, em razão do acelerado aumento de animais de estimação nas famílias, a questão da separação exige e tem sido vista por uma nova perspectiva: a dos animais.

Tendo como referência a Senciência, é possível afirmar-se que os animais têm sensações, sensibilidade e sentimentos. Vale dizer, eles têm a correta percepção do que lhes acontece, do que lhes rodeia.

É possível inferir-se, então, que, ocorrendo a separação de casais, a percepção intuitiva provoca reações específicas nos animais de estimação, semelhantemente ao que ocorre com as crianças.

Conforme se abordou anteriormente, a Justiça brasileira não mais trata a questão da separação, apenas, sob o ângulo de interesse do casal. Esse fato social tem sido examinado conforme o interesse dos membros da família.

Isso está devidamente fixado em legislação específica. A guarda compartilhada de crianças é uma realidade já conhecida. E, em boa hora, é divulgada a notícia de que, certamente, em breve, será aprovada legislação que regulamenta a guarda compartilhada de animais.

Assim, serão respeitados desejos, aspirações, interesses de seres que têm sentimentos muito semelhantes: crianças e animais de estimação.

Desta forma, é fácil presumir que ambas as leis tenham interpretação igual, pois, sob a visão de vários legisladores, referem-se a incapazes. O animal, tal qual os filhos, são de responsabilidade dos pais, seja enquanto estiverem juntos, seja quando se separarem, se isso for o caso.

Tal decisão acalenta a muitos que, preocupados com os pets, entendem que eles requerem cuidados especiais, pois são acolhidos em lares que lhes cuidam e lhes direcionam o mesmo amor tal qual a um familiar.

Sendo assim, em caso de separação de um casal, dono de pet, estará assegurado o seu cuidado junto aos donos, mesmo que estes não estejam mais juntos.

3. CONCLUSÕES

Conhecida a realidade fática que envolve a guarda de crianças e a guarda de animais, é possível extrair-se algumas inferências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em relação à primeira, é defeso afirmar-se que a questão está relativamente bem definida, em razão de legislação moderna, abrangente, visto que buscou uma resultante que decorreu de vertentes distintas, assim considerados aspectos jurídicos, emocionais e financeiros, respectivamente, de interesse, da mulher, do homem e dos filhos.

E aqui deve ser dada ênfase à Guarda Compartilhada que, certamente, bem entendida, compreendida, internalizada e praticada, tem sido responsável por soluções exitosas, em relação ao destino que será dado às crianças.

O ponto fulcral tem sido a predominância de uma nova postura: receptiva, de espíritos desarmados, de despojamento de interesses individuais, dando lugar a comportamentos que, efetivamente, priorizam o interesse dos filhos.

Já, em relação à segunda (guarda de animais), não há, ainda, uma situação pacificada, ensejando que desfechos fiquem à mercê de boa vontade, do humor das partes, em detrimento imediato dos animais e, mediato, de crianças que se apegaram a esses amigos. Não se tem, no Brasil, um marco regulatório de animais.

Felizmente, uma boa notícia é que, por iniciativa do senador Luis Carlos Heinze, do RS, tramita no Senado Federal um projeto que cria, neste país, o marco regulatório dos animais de estimação, atualmente na fase de análise pela Comissão de Meio Ambiente (CMA).

Ressalte-se que a PL 6.590/2019 identifica e enaltece a importância que esses animais têm para o ser humano, além de trazer segurança jurídica aos segmentos econômicos que atuam nesse nicho, nessa promissora área comercial. Aliás, o próprio autor do projeto já se manifestou em relação à geração de novos postos de trabalho e ao exponencial crescimento de investimentos.

A fonte de inspiração dessa medida legislativa foi, exatamente, a legislação que trata da Guarda Compartilhada de Crianças. Sem dúvida, de grande assertividade.

Aprovada essa lei, os animais deixarão de ser vistos como coisas, meros bens móveis. É o reconhecimento da senciência que, certamente, merecerá aprofundamentos em seus estudos, solidificando o entendimento, a percepção atual de que, de fato, eles sentem alegria, dor, fome, medo e, até mesmo, amor.

Indubitavelmente, face sua abrangência, o veículo que vai amenizar conflitos de interesse, em relação à guarda de animais, em casos de separação, é a aprovação da PL 6.590/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É evidente que se somarão a ela alguns comportamentos individuais, resultantes de amparo psicológico ou decorrentes de firmeza de caráter e, ainda, pela maneira filosófica de ser, de viver.

Ao final, fica a expectativa de que a PL 6.590/2019 seja aprovada e entre em vigor o mais rapidamente possível, em razão de se entender de matéria de relevante interesse social. Visando a compartilhar esse entendimento, insere-se, em anexo, o original de citada PL.

REFERÊNCIAS

AGENCIA SENADO. **Brasil poderá ter marco regulatório dos animais de estimação Fonte: Agência Senado.** Atualizado Em 31/01/2020, 11h35. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/20/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-dos-animais-de-estimacao. Acessado em 01 Mai 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 01 Mai 2021.

EPAGNOL. Rosângela Paiva. **Filhos da mãe (uma reflexão à guarda compartilhada**. Artigo publicado no Juris Síntese nº 39 - JAN/FEV de 2003.

GARCIA, Elias. **Pesquisa Bibliográfica Versus Revisão Bibliográfica – Uma discussão necessária.** Disponível em: http://e-revista.unioeste.br/index.php/linguaseletras/article/view/13193. Acessado em: 01 Mai 2021.

GOOGLE. **Dicionário: humanidade.** Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=humanidade&sxsrf=ALeKk001t33tFpwafZMJuntabAa78hOsOA%3A1620409144240&source=hp&ei=OHuVYKG5DKDX1sQPwpOxWA&iflsig=AINFCbYAAAAAYJWJSNB5QGL5SNpD9b2S1RQEZ8NtNWKu&oq=humaninad&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EAMYADIMCAAQsQMQChBGEPkBMgQIABAKMgQIABAKMgcIABCxAxAKMgcIABCxAxAKMgQIABAKMgQILhAKMgQIABAKMgQIABAKMgQIABAKOgcIIxDqAhAnOgQIIxAnOggIABCxAxCDAToFCAAQsQM6CwgAELEDEMcBEKMCOggIABDHARCvAToECC4QQzoICC4QsQMQkwI6BQguELEDOgcIABCxAxBDOggILhCxAxCDAToCCC46CwguELEDEIMBEJMCOgcILhCxAxBDOg4IABCxAxCDARDHARCvAToKCC4QsQMQQxCTAjoCCAA6CggAELEDEIMBEAo6EAgAELEDEIMBEMcBEK8BEApQsYEJWPGdCWCRsAloAXAAeACAAakBiAGfC5IBAzAuOZgBAKABAaoBB2d3cy13aXqwAQo&sclient=gws-wiz. Acessado em: 01 Mai 2021.

IAMANDÚ. **Saúde física, mental e social.** Publicado em 23 de julho de 2019. Disponível em: https://iamandu.com.br/saude-fisica-mental-e-social/. Acessado em: 01 de Mai 2021.

INSTITUTO PET BRASIL. **Censo Pet: 139,3 milhões de animais de estimação no Brasil.** Disponível em: http://institutopetbrasil.com/imprensa/censo-pet-1393-milhoes-de-animais-de-estimacao-no-brasil/#:~:text=De%20acordo%20com%20n%C3%BAmeros%20levantados,de%20r%C3%A9pteis%20e%20pequenos%20mam%C3%ADferos. Acessado em: 01 Mai 2021.

JUSBRASIL. **Animais domésticos são considerados membros psicológicos da família, diz estudo.** Publicado em 2013. Disponível em: https://anda.jusbrasil.com.br/noticias/100660424/animais-domesticos-sao-considerados-membros-psicologicos-da-familia-diz-estudo#:~:text=Um%20question%C3%A1rio%20conduzido%20pela%20Associated,n%C3%A3o%20%C3%A9%20igual%20aos%20humanos). Acessado em: 01 Mai 2021.

JUSBRASIL. **Guarda Compartilhada de Animais no Divórcio.** Publicado por Michelle Sanches em 2015. Disponível em: https://misanches.jusbrasil.com.br/artigos/221509530/guarda-compartilhada-de-animais-no-divorcio#:~:text=O%20tema%20da%20guarda%20e,decididas%20de%20maneira%20muito%20acertada.. Acessado em: 01 Mai 2021.

MICHAELIS. **Dicionário online Michaelis.** Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/. Acessado em: 01 Mai 2021.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Science and human behavior.** New York: Simon & Schuster, 1953.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil. Direito de Família, Volume 6, 12ª edição**. São Paulo, Editora Atlas, 2012.

www.conteudojuridico.com.br

OS DESAFIOS DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR COM DEFICIÊNCIA NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DA UNIÃO

STÊNIO LEÃO GUIMARÃES: Advogado, inscrito na OAB/SE nº 12.371, Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal de Sergipe UFS, Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal no Centro Universitário UNINTER e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá UNESA

Resumo: A aposentadoria especial para o servidor com deficiência vem realizando uma trilha intricada no ordenamento jurídico. A modalidade de aposentadoria foi garantida na Magna Carta, através da EC nº 47/2005 com regulamentação da Lei Complementar nº 142/2013, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social. O direito para o servidor da União iniciou-se com a impetração de mandados de injunção buscando aplicação analógica das normativas do Regime Geral de Previdência Social. Apesar de o Supremo Tribunal Federal garantir, em muitos casos, a concessão do direito, se perceberá distorções na concessão pelos regimes próprios. Pontua-se ainda sobre o instrumento avaliador para reconhecimento da deficiência, concebido através da contribuição das instituições interessadas e da sociedade, o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IFBrA, é utilizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social e pela administração pública federal. Entretanto, o governo federal intenciona expandir a aplicação do instrumento avaliador para analisar todas as pessoas com deficiência e não apenas aquelas inseridas no mercado de trabalho. A definição de um modelo único está acirrando o debate entre as categorias profissionais que poderiam aplicar o método avaliativo.

Palavras–chave: Aposentadoria especial para o portador de deficiência. Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria. Avaliação biopsicossocial do portador de deficiência.

Abstract: The special retirement for the disabled employee has been performing an intricate trail in the legal system. The retirement modality was guaranteed in Magna Carta, through EC nº 47/2005 with the regulation of Supplementary Law nº 142/2013, within the scope of the General Social Security Regime. The right for the Union servant started with the impetration of injunctions seeking analogous application of the regulation of the General Social Security Regime. Although the Federal Supreme Court guarantees, in many cases, the concession of the right, distortions in the granting by the proper regimes will be perceived. It also points out the assessment instrument for the recognition of disability, conceived through the contribution of interested

institutions and society, the Brazilian Functionality Index Applied for Retirement Purposes - IFBrA is used by the National Institute of Social Security and by the federal public administration. Nonetheless, the federal government intends to expand the application of the assessment tool to analyze all people with disabilities and not just those who are inserted in the labor market. The definition of a single model is fomenting debate among the professional categories that could apply the evaluation method.

Keywords: Special retirement for the disabled. Brazilian Functionality Index Applied for Retirement Purposes. Biopsychosocial assessment of the disabled people.

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução da legislação da aposentadoria especial para o servidor com deficiência e as controvérsias de sua concessão. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial para o servidor com deficiência é um tema palpitante no ordenamento jurídico, em especial, pela dependência da colaboração de outros ramos da ciência, em especial da saúde, serviço social e psicologia. Apesar da modalidade de aposentadoria ser garantida na Magna Carta, através da alteração promovida pela EC nº 47/2005, a regulamentação da matéria somente foi realizada em 2013, com a edição da Lei Complementar nº 142.

Porém, o regulamento tinha aplicação ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, gerando injustiças sociais aos servidores públicos vinculados a um Regime Próprio de Previdência Social. Diante de tal ausência de regulamentação, os servidores públicos federais manejaram mandados de injunção no sentido de que fossem aplicadas analogicamente as disposições estabelecidas ao RGPS.

Como se verá, a concessão desse direito, ainda que amparado em mandado de injunção, tem distorções, principalmente quanto a possibilidade de conversão de tempo especial com deficiência para tempo comum.

Outro ponto que merece consideração é a análise do instrumento avaliador para reconhecimento da deficiência. O tema suscita debate entre diversas classes de profissionais em todo o procedimento avaliativo, gerando ponderações a respeito de quem seriam os agentes examinadores e qual seria a abordagem utilizada, observando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

As propostas de avaliação acirram-se, já que o Governo Federal pretende estabelecer um procedimento de avaliação que possa ser utilizado nos mais variados

casos, não somente para fins de concessão de aposentadoria especial que, por ora, se aplica o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IFBrA.

O presente trabalho busca, através de uma pesquisa normativa, demonstrar a origem do direito de aposentadoria especial pelo exercício do labor ao portador de deficiência, trazendo-lhe regras diferenciadas em virtude das barreiras de desempenho e condições de alteração da estrutura do corpo.

Por fim, com a edição da EC nº 103/19, pontua-se a problemática da modalidade de cálculo para aferir a média aritmética simples, serão apontados ainda, os caminhos pelos quais o poder executivo federal deverá percorrer, no sentido de promover regulamentação apropriada ao tema, tornando acessível tal direito na via administrativa.

2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR COM DEFICIÊNCIA E AS CONTROVÉRSIAS EM SUA CONCESSÃO

A aposentadoria especial para o servidor com deficiência surgiu com a EC nº 47/2005, que alterou o §4º do Art. 40 da CRFB/88 nos seguintes termos:

> Art. 40
>
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
>
> II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) (LC nº 51/85)
>
> III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

É importante mencionar que a PEC nº 227/2004 que originou a supracitada EC nº 47/2005 fora proposta pelo Senador Federal Ideli Salvatti do PT/SC, em 06/01/2004, sendo aprovada somente em 05/07/2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A EC nº 47/2005 possibilitou que o servidor vinculado a um Regime Próprio de Previdência Social - RPPS e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS pudessem se aposentar especialmente, caso tivessem algum tipo de deficiência.

No mesmo mês de publicação da EC nº 47/2005, o Deputado Federal Leonardo Mattos, do PV/MG, apresentou uma proposta de lei complementar para que se pudesse regulamentar de que forma o segurado do RGPS poderia se aposentar especialmente. Apesar da proposta realizada em 2005, somente em 2013 fora aprovada e publicada a Lei Complementar nº 142/2013, viabilizando a aposentadoria no âmbito do RGPS.

A Lei Complementar nº 142/2013, em seu Art. 2º, conceitua o segurado com deficiência como a pessoa "que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

Já o Art. 3º estabelece a aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado com deficiência e a aposentadoria por idade. Na aposentadoria por tempo de contribuição foi estabelecido uma escala conforme o grau de deficiência do segurado de forma que, quanto mais grave os efeitos da deficiência, menor seria a quantidade de anos de tempo de contribuição que o segurado deveria contribuir ao RGPS, como se percebe na tabela abaixo:

Grau	Tempo de contribuição	
	Homem	Mulher
Leve	33 anos	28 anos
Moderado	29 anos	24 anos
Grave	25 anos	20 anos

A aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado do RGPS gera proventos no percentual de 100% da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, aplicando em substituição ao percentual o fator previdenciário, quando esse tiver o

índice acima do número um, nos termos do Arts. 8º e 9º da Lei Complementar nº 142/2013.

Outra modalidade de benefício regulamentada na Lei Complementar nº 142/2013 fora a aposentadoria por idade, exigindo a idade de 60 anos para o homem e 55 anos para a mulher, independentemente do grau de deficiência, e 15 anos de tempo de contribuição com comprovada existência de deficiência durante igual período.

AMADO (2021, p. 883) afirma que apesar da Lei Complementar nº 142/2013 ser silente quanto à carência para acesso ao benefício, neste deverá ser aplicado por analogia ao Decreto Federal nº 8.145/2013, atribuindo a necessidade de contribuir ao RGPS 180 contribuições mensais, conforme outras modalidades de aposentadoria regulamentadas.

A aposentadoria por idade ao segurado do RGPS gera proventos no percentual de 70% da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, incrementando 1% para cada grupo de 12 meses de contribuição ao RGPS, limitado a 100%.

Apesar de regulamentadas as possibilidades de aposentadoria para o segurado com deficiência, era preciso uma regulamentação quanto a definição da deficiência e o estabelecimento de critérios objetivos para caracterização dos graus da mesma. Essa regulamentação foi produzida através de uma construção coletiva se inspirando nos instrumentos de funcionalidades estabelecidos na comunidade internacional.

É necessário destacar que houve uma ruptura no procedimento de avaliação da deficiência, ultrapassando o exame biomédico que analisava tão somente as alterações no corpo da pessoa e passando a considerar as questões biológicas, psicológicas e sociais que o segurado com deficiência está inserido.

Essa ruptura foi ocasionada principalmente com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência promulgada pelo Decreto Federal nº 6.949/2009 que em seu art. 1º fixa o propósito e o modo pelo qual o deficiente deve ser reconhecido:

> Artigo 1
>
> Propósito
>
> O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Deste modo, a avaliação deve verificar os impedimentos de longo prazo e de que modo as possíveis barreiras existentes podem dificultar sua vida em sociedade em igualdade de condições.

Em sintonia com a Convenção Internacional, foi editada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei Federal nº 13.146/2015. Também conhecida como Estatuto da Pessoa com deficiência, há a fixação de que o procedimento de reconhecimento da pessoa com deficiência é realizado por uma equipe multidisciplinar, que verifica os impedimentos nas funções e estruturas do corpo, além das alterações socioambientais, psicológicas e pessoais. Pretende-se também avaliar as limitações para desempenho de atividades e a participação ativa na sociedade. Essa análise biopsicossocial pode ser verificada no Art. 2º da Lei Federal nº 13.146/2015:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)
>
> I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
>
> II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
>
> III - a limitação no desempenho de atividades; e
>
> IV - a restrição de participação.
>
> § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (Vide Lei nº 13.846, de 2019) (Vide Lei nº 14.126, de 2021)

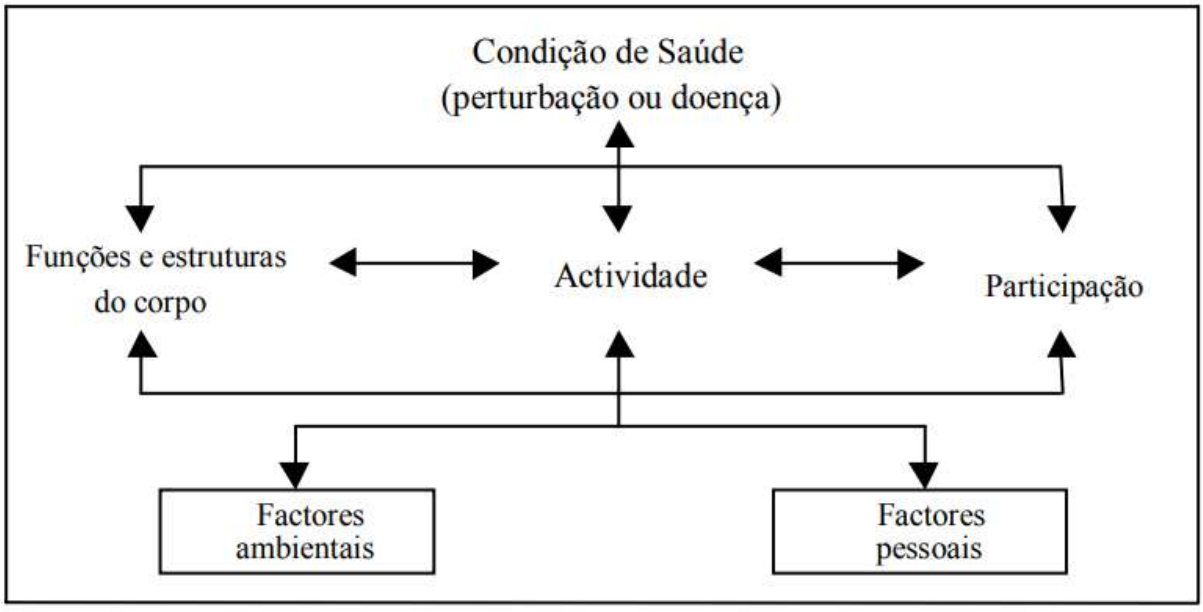
Assim, fora publicada a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014 que fixou o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de

Aposentadoria - IFBrA como procedimento de mensuração do grau de deficiência do segurado do RGPS.

Vale enaltecer que a regulamentação, em seu Art. 3º, fixou o prazo mínimo de dois anos ininterruptos para que um impedimento que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial seja considerado de longo prazo, de acordo com a Lei Complementar nº 142/2013.

O IFBrA é um estudo multidisciplinar realizado por pelo menos dois profissionais (médico perito e assistente social) e toma como base o conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde.

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF busca analisar a dinamicidade entre a condição de saúde, fatores ambientais e pessoais. Abaixo, segue tabela do referido documento que demonstra o fluxo de interações que a Organização Mundial de Saúde através CIF (2021) convida análise:



A avaliação exige a seleção dos itens de atividades e participações da CIF, resultando em 41 atividades em sete domínios: sensorial, comunicação, mobilidade, cuidados pessoais, vida doméstica, "educação e trabalho" e "socialização e vida comunitária".

Cada uma das atividades pode ser pontuada de 25 a 100 pontos, sendo 25 pontos quando o examinando não realiza a atividade e depende de terceiros e 100 pontos quando o examinando realiza a atividade de forma independente, sem nenhum tipo de adaptação ou modificação, na velocidade habitual e em segurança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014 para a verificação da pontuação final, o modelo linguístico Fuzzy deve ser observado com o objetivo de descrever os grupos de maior risco funcional para cada tipo de deficiência observando as seguintes condições:

1. Determinação dos Domínios que terão mais peso para cada grupo de funcionalidade;

2. Definição de questões emblemáticas;

3. Disponibilidade do auxílio de terceiros.

A normativa fixa de acordo com a deficiência quais são as questões emblemáticas a serem observadas:

Deficiência	Domínio	Questão emblemática
Auditiva	Comunicação / Socialização	A surdez ocorreu antes dos 6 anos
Intelectual - Cognitiva e/ou Mental	Vida Doméstica / Socialização	Não pode ficar sozinho em segurança
Motora	Mobilidade / Cuidados Pessoais	Desloca-se exclusivamente em cadeira de rodas
Visual	Mobilidade / Vida Doméstica	A pessoa já não enxerga ao nascer

Desse modo, havendo resposta afirmativa para a questão emblemática do tipo de deficiência, será atribuída pelo examinador a menor nota (25 pontos) para todas as atividades que compõe o domínio sensível que tem relação com o tipo de deficiência conforme tabela acima.

Sendo assim, o IFBrA poderá ter de 2.050 pontos (41 atividades x 25 pontos x 2 examinadores) até 8200 pontos (41 atividades x 100 pontos x 2 examinadores).

Segundo a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MPOG/AGU nº 1/2014, será considerado sem deficiência o segurado que tiver 7.585 pontos ou mais. Já o grau leve será reconhecido se pontuar de 7.584 a 6.355 pontos e o grau moderado será atestado se pontuar de 6.354 a 5.740 pontos. Para o segurado ser considerado deficiente de grau grave, deve obter 5.739 pontos ou menos.

Apesar de toda a regulamentação para o RGPS, inexistia regulamentação sobre a aposentadoria especial para o servidor com deficiência, nos termos do Inciso I do §4º do Art. 40 da CRFB/88. Todavia, com o advento da Lei Complementar nº 142/2013, vários servidores e representações sindicais impetraram ao STF mandados de injunção no sentido de obter uma solução judicial diante da ausência de regulamentação e de interesse político em conceder o benefício.

Diante de várias decisões judiciais favoráveis aos servidores públicos, no sentido de aplicar analogicamente a regulamentação do RGPS aos RPPS, a Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS editou a Instrução Normativa MPS/SPPS nº 2/2014, estabelecendo instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social, do direito dos servidores públicos com deficiência, amparados por ordem concedida em Mandado de Injunção, à aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados de que trata o, inciso I, do § 4º, do art. 40 da Constituição Federal.

Em resumo, a referida instrução normativa replica a regulamentação do RGPS contida da Lei Complementar nº 142/2013, abordando os tipos de aposentadorias fixadas e o modo de avaliação do servidor com deficiência. Salienta-se que a regulamentação destacou a necessidade do cumprimento de 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se pretende aposentar.

A Instrução Normativa MPS/SPPS nº 2/2014 ainda prevê a possibilidade de conversão de tempo de contribuição entre os diversos graus de deficiência, conforme tabela contida no Art. 5º.

Todavia, há de se mencionar que a referida IN omite a possibilidade de conversão de tempo especial em comum que é garantida no Decreto Federal nº 3.048/99 em seu Art. 70-E.

Essa omissão prejudicou muitos servidores federais que tinham deficiência em algum momento da vida, mas que atualmente não possuem mais a caracterização como deficiente. Como a IN não assevera a respeito da conversão do tempo especial em comum, esses servidores ficaram sem uma regulamentação que pudessem obter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma compensação temporal pelo período laboral em que desempenhou seu labor de forma especial.

Cita-se que para os servidores com deficiência expostos a agentes nocivos que eram funcionários celetistas antes da adoção do Regime Jurídico Único, a Instrução Normativa MPS/SPPS nº 2/2014 previa a possibilidade de conversão entre tempo especial por exposição a agente nocivo para tempo especial com deficiência de acordo com o Art. 6º. Essa fixação encontra consonância com o Decreto Federal nº 3.048/99.

Todavia a redução do tempo de contribuição estipulada na Lei Complementar nº 142/2013 não pode ser acumulada sobre o mesmo período contributivo com a redução promovida pelo tempo especial por exposição a agentes nocivos, nos termos do Art. 10 da mencionada lei complementar.

Destaca-se a possibilidade de conversão não só do tempo laborado como funcionário celetista, mas também ao tempo laborado na égide do Regime Jurídico Único, por força do Tema 942 de repercussão geral que estabelece ser possível a conversão de tempo especial com exposição a agente nocivo para tempo comum.

Já que a referida Instrução Normativa trazia como possível a conversão no período celetista e o Tema 942 de repercussão geral ampliou a possibilidade de conversão até 13/11/2019, há a possibilidade de se aplicar a conversão para tempo especial por exposição a agentes nocivos laborado até 13/11/2019 para o tempo especial como deficiente, pois a mesma regra de aposentadoria do portador de deficiência se aplica ao segurado filiado do RGPS e ao servidor vinculado ao RPPS, nos termos do Art. 21 da EC nº 103/2019.

Posteriormente, foi editada a Nota Técnica nº 26.747/2018-MP de autoria da Secretaria de Gestão de Pessoas vinculado ao então Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão fixando que a deficiência dos servidores amparados por mandado de injunção deveria ser mensurada pelo IFBrA para fins de concessão da aposentadoria especial por deficiência.

O IFBrA possui limitação quanto ao universo de examinados, já que se aplica para aquelas pessoas que estão no mercado de trabalho. Para aplicação do reconhecimento da deficiência para todas as idades foi elaborado o Índice de Funcionalidade Brasileiro Modificado - IFBrM, com apoio da Universidade Federal de Brasília. Esse instrumento de avaliação obteve a validação de conteúdo pelo Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - CONADE através da Resolução Sem Número de 10/03/2020 e está na fase final de validação de face e acurácia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Foi criado um Grupo de Trabalho Interinstitucional através Decreto Federal nº 10.415/2020 para elaboração do modelo único de avaliação biopsicossocial da deficiência até 30/09/2021.

Apesar da iniciativa do governo federal na elaboração do IFBrA e o do IFBrM, foi proposto o Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência – PROBAD elaborado pela Subsecretaria de Perícia Médica Federal do Ministério da Economia.

Esse instrumento de avaliação abriu uma discussão na Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados durante a Audiência Pública Extraordinária do dia 04/09/2019, conforme vídeo conferência da TV Senado. Durante a sessão foi levantado qual seria a melhor abordagem da avaliação biopsicossocial nas mais variadas situações.

Na oportunidade, José de Oliveira Costa Filho, Perito Médico da Subsecretaria de Perícia Médica Federal do Ministério da Economia, apontou os problemas do IFBr como a não valoração dos fatores ambientais com nota, a frágil avaliação e simplificação da presença do impedimento, não quantificando-o, além de que o IFBr não aproveitaria o conhecimento específico dos avaliadores, já que os dois examinadores responderiam as mesmas perguntas e que, dentre elas, algumas fogem ao conhecimento específico do profissional. Por fim, foi suscitado que o método avaliativo não está acordo com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Em seguida, a Subsecretaria de Perícia Médica Federal apresentou o PROBAD, que está sendo validado pela Fundacentro, onde é proposto a realização de uma avaliação médica através da CIF, observando os fatores de impedimento, mensurando na gradação N, L, M, G e C174, de acordo com a análise de estrutura e funções do corpo. Seria ainda realizada uma análise do médico perito e do assistente social sobre a atividade e participação, verificando a capacidade e desempenho com o resultado mensurado em pontos. Por fim, seriam analisados as barreiras e facilitadores pelo assistente social no sentido de estudar as condições ambientais na gradação N, L, M, G e C.

A proposta causou estranheza pela Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, já que o IFBrM é uma construção do governo federal em parceria com várias instituições governamentais e da sociedade, observando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

174 Gradação de deficiência: Normal, Leve, Média, Grave e Completa.

Com a edição da Lei Federal nº 13.846/19, houve aumento das atribuições dos médicos peritos, conforme o Art. 19, já que a Perícia Médica Federal foi desvinculada do INSS e passou a integrar Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, atuando de forma mais ampla.

Em 2020, foi editada a Medida Provisória nº 922, que conforme o Art. 3º, no âmbito do atendimento dos servidores da União, fixou a possibilidade de, na edição de avaliação médica realizada pela Perícia Médica Federal, dispensa a necessidade de junta médica ou de perícia por cirurgião dentista, afetando diretamente o Subsistema Integrado de Atenção à Saúde do Servidor – SIASS. A Medida Provisória perdeu sua eficácia em 29/06/2020.

Diante do cenário, é certo que haverá mudanças estruturais na avaliação biopsicossocial no reconhecimento da deficiência, inclusive no reconhecimento da deficiência para fins de aposentadoria.

Enquanto não houver estabelecimento da avaliação biopsicossocial única, será utilizado o IFBrA para concessão da aposentadoria para o servidor federal com deficiência, nos termos do Art. 4º do Decreto Federal nº 10.410/2020:

> Art. 4º Para fins de acesso a benefícios da pessoa com deficiência, até que seja aprovado o instrumento específico para a avaliação biopsicossocial da pessoa com deficiência, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, será utilizado o instrumento aprovado pela Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SRDH/MP nº 1, de 27 de janeiro de 2014.

O acesso a esse tipo de aposentadoria somente foi ampliado com o advento da EC nº 103/19, que fixou numa mesma regra a aposentadoria especial por deficiência para o segurado filiado ao RGPS e o servidor vinculado ao RPPS, conforme o Art. 22 da retromencionada Emenda Constitucional combinado com o §4º-A do Art. 40 da CRFB/88.

Menciona-se que, em 2017, o Ministério Público Federal-MPF manejou a talentosa Ação Civil Pública nº 1013996-72.2017.4.01.3400 buscando a ampliação das regras do RGPS aos servidores do RPPS da União.

Merece destaque a forma com que o MPF se desvencilhou do tipo de ação manejada, em detrimento do mandado de injunção. Os argumentos pela admissibilidade da ação civil pública visavam o efeito *erga omnes*, gerando efeitos para todos os servidores da União, evitando o efeito *inter partes* do mandado de injunção que geraria efeitos somente para aqueles representados na ação mandamental.

Logrando êxito pela admissibilidade da ação, o MPF obteve a sentença definitiva em 18/06/2020, onde o magistrado admitiu a possibilidade de análise administrativa dos pedidos de aposentadoria do servidor com deficiência sem mandado de injunção, de acordo com a Lei Complementar nº 142/2013. Atualmente a sentença judicial é alvo de recurso de Apelação na 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Tendo ciência da decisão judicial, a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital emanou o Ofício Circular SEI nº 2952/2020/ME, que informa a todos os órgãos federais da administração direta e indireta a respeito da possibilidade de análise de requerimentos administrativos de aposentadoria especial para servidores com deficiência sem mandado de injunção, nos termos da Lei Complementar nº 142/2013.

O supracitado documento ainda faz menção à necessidade de observância da Instrução Normativa MPS/SPPS nº 2/2014 para análise e concessão do benefício, bem como a observância da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP nº 1/2014, que reconhece e mensura o grau de deficiência através do IFBrA.

Por fim, o Ofício afirma que, com o advento da EC nº 103/2019, a regra da aposentadoria especial do servidor com deficiência já estaria regulamentada com base no Art. 22 da supramencionada Emenda Constitucional e na Lei Complementar nº 142/2013.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 fixou a aposentadoria especial do servidor com deficiência e do segurado do RGPS da seguinte forma:

> Art. 22. Até que lei discipline o § 4º-A do art. 40 e o inciso I do § 1º do art. 201 da Constituição Federal, a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social ou do servidor público federal com deficiência vinculado a regime próprio de previdência social, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, será concedida na forma da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios.

Um ponto que merece consideração é o modo de cálculo dos proventos da aposentadoria para o servidor federal com deficiência que causa debate e, de certo, fará com que o Poder Judiciário se manifeste sobre o tema. O entendimento adotado pelo Ministério da Economia é que caso o servidor com deficiência cumpra os requisitos para se aposentar, após 13/11/2019, o cálculo dos proventos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aposentadoria seria realizado de acordo com o Art. 26 da EC nº 103/2019, ou seja, de acordo com a média aritmética simples de 100% das remunerações de contribuição, de todo o período contributivo atualizadas, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC.

O INSS adota o mesmo entendimento, já que na Portaria INSS/PRES nº 450/2020 fixa em seu artigo 4º:

> Art. 4º Ficam mantidas as concessões da aposentadoria por idade rural, agora denominada de aposentadoria do trabalhador rural e do garimpeiro, e as aposentadorias da pessoa com deficiência da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, nas mesmas condições anteriormente previstas, inclusive quanto ao seu valor, observadas, no entanto, com novas regras quanto à formação do Período Básico de Cálculo - PBC.

Destaca-se que a referida portaria conceitua o Período Básico de Cálculo - PBC como o período "composto por 100% (cem por cento) dos salários de contribuição a partir de julho de 1994 ou desde o início das contribuições", conforme o Art. 36.

A problemática sobre o tema é que uma Portaria do INSS regula uma matéria que, em tese, deveria ser regulamentada por, no mínimo, uma lei federal. A indicação de que o benefício é regulamentado pela Lei Complementar nº 142/2013, sendo que esta indica que o modo de cálculo será observado o Art. 29 da Lei Federal nº 8.213/91, aparenta ser uma exceção à regra de cálculo imposta no Art. 26 da EC nº 103/2019, já que se fosse do interesse do legislador em atribuir nova modalidade de cálculo ao benefício, este teria feito a previsão expressa dentro da Emenda Constitucional, tal como fora apontado nas demais modalidades de aposentadoria, vide §§2º, 3º e 4º do Art. 26 da EC nº 103/2019.

A Secretaria de Gestão de Desempenho de Pessoal vinculada ao Ministério da Economia, figurando com Órgão Central do SIPEC (Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal) que tem competência para regulamentar na matéria de pessoal no âmbito do poder executivo federal, conforme o Parágrafo Único do Art. 17 da Lei Federal nº 7.923/1989, ainda não se manifestou formalmente sobre o tema.

De outro lado, para aqueles servidores com deficiência que comprovem o cumprimento dos requisitos para se aposentar de forma especial antes de 13/11/2019 para apuração do cálculo dos proventos, será aplicada a regra da média aritmética simples de 80% das maiores remunerações de contribuição, atualizadas pelo INPC, nos termos da Lei Complementar nº 142/2013, combinado com o Art. 29 da Lei Federal nº 8.213/91 e o Art. 3º da EC nº 103/2019 que assevera sobre o direito adquirido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, a Ação Civil Pública manejada pelo MPF possibilitou a análise administrativa do pedido de aposentadoria especial podendo beneficiar significativamente o servidor no que tange a modo de cálculo.

Merece destaque a ausência de regulamentação quanto a periodicidade de realização da avaliação do IFBrA. Isso se deve ao fato de que em cada grau é exigível um número específico de tempo de contribuição, podendo haver conversões entre os graus de deficiência. Deste modo, para a administração pública é necessário que haja um controle no sentido de registrar, conforme o caso, possíveis alterações no grau de deficiência. Uma medida similar é realizada na emissão do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho, com o objetivo de reconhecer a efetiva exposição a agente nocivos no intuito de conceder aposentadoria especial por exposição a condições que danifiquem a saúde ou a integridade física.

Pontua-se ainda a forma de reconhecimento do tempo especial do cidadão com deficiência para contagem recíproca de tempo de contribuição entre os regimes previdenciários. Conforme Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/2015 em seu §5º do Art. 433 e a Portaria MPS nº 154/08 em seu Inciso I, do Parágrafo Único do Art. 5º, o tempo laborado como deficiente será atestado através da Certidão de Tempo de Contribuição.

Tal como o disposto nas regras de pensão civil por morte nos termos fixados no Art. 23 da EC nº 103/19, o Art. 22 da EC nº 103/2019 é destinado tanto ao segurado do RGPS como ao servidor federal vinculado ao RPPS da União, imputando aos interessados as mesmas regras previdenciárias. Deste modo, é possível levantar a possibilidade de aplicação de forma subsidiária da legislação do Regulamento da Previdência Social, de acordo com o § 12 do Art. 40 da CRFB/88, na conversão do tempo especial em tempo comum, que anteriormente era omissa na instrução normativa de concessão da aposentadoria para o servidor com deficiência amparado com mandado de injunção.

3. CONCLUSÃO

A aposentadoria especial do servidor com deficiência no RPPS da União tem uma evolução sinuosa devido suas particularidades e controvérsias no ordenamento jurídico.

Nascida na EC nº 47/2005, a aposentadoria especial somente fora aplicada a todos os servidores da União com o advento da EC nº 103/2019, ou seja, 14 anos depois. Antes da reforma previdenciária de 2019, os servidores da União somente tinham acesso ao benefício se fossem amparados por decisão judicial em mandado de injunção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Aponta-se ainda a discussão do modo de cálculo da aposentadoria especial do servidor com deficiência e do segurado filiado ao RGPS com influência da EC nº 103/2019. O INSS e o Ministério da Economia possuem o entendimento de que a média estipulada no caput do Art. 26, revogou tacitamente o Art. 29 da Lei Federal nº 8.213/91. Todavia, ao regular a modalidade de aposentadoria, o legislador apontou a aplicação da Lei Complementar nº 142/2013, que indiretamente aponta o cálculo da média aritmética simples de acordo de oitenta por cento das maiores remunerações de contribuição do período laboral. Ademais, o Art. 26 não cita em seus parágrafos a aplicabilidade do novo modo de cálculo para a modalidade aposentadoria estudada (Art. 22 da EC nº 103/19), como assim o faz nos demais casos, levando a crer que se trata de uma exceção à regra geral imposta na Emenda Constitucional.

Necessário destacar que o Ministério Público Federal conseguiu uma importante decisão judicial através de Ação Civil Pública, possibilitando a análise administrativa, conforme a legislação do RGPS, inclusive para concessão do benefício em data anterior à EC nº 103/19, viabilizando, apesar de com as mesmas regras de acesso, um modo de cálculo mais vantajoso do que o imposto na reforma previdenciária de 2019.

Sobre o instrumento de avaliação biopsicossocial de reconhecimento da deficiência, se percebe uma discussão acirrada entre os profissionais de saúde, em especial dos médicos peritos federais, assistentes sociais, psicólogos e outros, sobre o *modus operandi* do instrumento de funcionalidades no que tange a como e quais profissionais devem atuar no procedimento.

De um lado, temos o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria - IFBrA, sendo resultado de um estudo iniciado em 2011, cuja evolução está gerando o IFBrM de aplicação ampla tanto para profissionais com deficiência. como para outras faixas de idade, atingindo todos os procedimentos que necessitem desse tipo de comprovação, em especial na administração pública.

Em contraposição, fora apresentado o Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência – PROBAD elaborado pela Subsecretaria de Perícia Médica Federal do Ministério da Economia, trazendo novas regras de análise em contraposição ao estudo realizado para elaboração do IFBr.

A definição da avaliação biopsicossocial deverá observar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, além de ter como foco os resultados práticos no reconhecimento da deficiência, garantindo que o instrumento de avaliação seja uma ferramenta de concessão de direitos e não de injustiças sociais.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário.** Salvador: Juspodvim, 2021.

BERNARDES, L. C. G. **Avaliação Biopsicossocial da Deficiência da Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - SNDPD**, 2019. 59 slides. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/apresentacoes-em-eventos/audiencias-publicas-2019/apresentacao-liliane-cristina-bernardes-mdh. Acesso em 19 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005**. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de Novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre os vencimentos, salários, soldos e demais retribuições dos servidores civis e militares do Poder Executivo, na Administração Direta, nas Autarquias, nas Fundações Públicas e nos extintos Territórios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7923.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 13.846, de 18 de junho de 2019.** Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13846.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 10.410 de 30 de junho de 2020.** Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10410.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013.** Altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8145.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 10.415, de 6 de julho de 2020.** Institui o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre o Modelo Único de Avaliação Biopsicossocial da Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10415.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Instrução Normativa nº 02, de 13 de fevereiro de 2014.** Estabelece instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do direito dos servidores públicos com deficiência, amparados por ordem concedida em Mandado de Injunção, à aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados de que trata o § 4º, inciso I, do art. 40 da Constituição Federal. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2013/05/INSTRU%C3%87%C3%83O-NORMATIVA-SPPS-n%C2%BA-02-de-13fev2014-publicada.pdf. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Secretaria de Gestão de Pessoas. **Nota Técnica nº 26.747/2018-MP.** Aposentadoria especial de servidor deficiente. Disponível em: https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Resolução sem número de 10 de março de 2020.** Aprova o Índice de Funcionalidade Brasileiro Modificado (IFBrM) como instrumento adequado de avaliação da deficiência a ser utilizado pelo Governo Brasileiro. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/03/2020&jornal=515&pagina=66. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Ministério da Previdência Social. **Portaria nº 154, de 15 de maio de 2008.** Disciplina procedimentos sobre a emissão de certidão de tempo de contribuição pelos regimes próprios de previdência social. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/PORTARIA-MPS-no-154-de-15mai2008-atualizada-ate-04set2018.pdf. Acesso em 19 de abril de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

_____. Ministérios da Previdência Social, da Fazenda, do planejamento, Orçamento e Gestão, da Advocacia-Geral da União e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Portaria Interministerial nº 1, de 27 de janeiro de 2014.** Aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto n° 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=30/01/2014&pagina=2. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Portaria nº 450, de 3 de abril de 2020.** Dispõe sobre as alterações constantes na Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, e na Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=06/04/2020&jornal=515&pagina=52. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Ação Civil Pública Processo nº 1013996-72.2017.4.01.3400.** Juíz: Marcelo Gentil Monteiro. Consulta Processual. Disponível em: https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital. **Ofício Circular SEI nº 2952/2020/ME.** Análise de processos de aposentadoria especial de servidor com deficiência. Cumprimento de determinação judicial (Processo nº 1013996-72.2017.4.01.3400). Disponível em: https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados. **Audiência: Direitos das Pessoas com Deficiência - Avaliação Biopsicossocial da Deficiência - 04/09/19**. Youtube, 04 set. 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=EoXTkp0Gm6Y. Acesso em 19 de abril de 2021.

_____. Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Câmara dos Deputados. **Audiência: Direitos das Pessoas com Deficiência - Instrumentos de avaliação da deficiência - 03/12/19 - 15:21**. Youtube, 03 dez. 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8GYcgI1lCVc. Acesso em 19 de abril de 2021.

COSTA FILHO, J. O. **PROBAD - Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência**, 2019. 26 slides. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/apresentacoes-em-

eventos/audiencias-publicas-2019/apresentacao-jose-de-oliveira-costa-filho-min-economia. Acesso em 19 de abril de 2021.

Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional da Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.** Resolução WHA54.21 (2001). Disponível em: http://www.periciamedicadf.com.br/cif2/cif_portugues.pdf. Acesso em 19 de abril de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERSPECTIVAS E DESAFIOS SOBRE O FUTURO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

MÁRCIO BARSANULFO DA SILVA: Acadêmico cursando atualmente, o 10º período em Direito, pelo Instituto Luterano de Ensino Superior, ILES/ULBRA Itumbiara-GO. Estagiário concursado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, entre 03/2019 a 12/2020.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar e compreender a sistemática da pena dentro do direito penal brasileiro contemporâneo, bem como, realizar uma análise sobre sua possível projeção a nível de futuro. Se utilizará como método de abordagem, a análise crítica dedutiva, através do procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e fontes interdisciplinares de forma exploratória e qualitativa. Quanto ao resultado da presente pesquisa, podemos dizer que, aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de admitir que a justiça criminal, apesar de sua evolução, ainda hoje, estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado social de direito, que tem como ideal a integração e a redução de discriminações.

Palavras chave: Constituição. Direito Penal. Futuro. Minimalismo. Pós-modernidade.

ABSTRACT: The present work aims to approach and understand the systematic of punishment within contemporary Brazilian criminal law, as well as to carry out an analysis of its possible projection in the future. Deductive critical analysis will be used as the approach method, through the technical procedure of bibliographic research and interdisciplinary sources in an exploratory and qualitative way. As for the result of this research, we can say that those who want and prophesy a long future for criminal law will have to admit that criminal justice, despite its evolution, even today, stigmatizes the convict and leads him to disqualification and exclusion. social consequences that cannot be desired in a social rule of law, whose ideal is integration and the reduction of discrimination.

Keywords: Constitution. Criminal Law. Future. Minimalism. Postmodernity.

1. INTRODUÇÃO

Apesar dos avanços no campo da ciência penal, muito se tem discutido sobre a crise do Direito Penal no Brasil e no mundo, e a discussão sobre esse tema funda-se na necessidade de rever o instituto da pena privativa de liberdade e das práticas punitivas, em sentido amplo. A pena, desde a sua origem, sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, de imposição de um "mal".

Trata-se, na verdade, não de um simples "mal", como sustentam os defensores das teorias retribucionistas, mas, sim, de uma grave e imprescindível necessidade social a que recorre o Estado, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.

Várias teorias foram elaboradas para fundamentá-la, reconhecendo-se, além da finalidade retributiva, já que pena, por definição direta, sempre será um castigo imposto a quem erra fins preventivos, gerais e especiais, sendo hoje, quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena, ainda com todos os seus males, justifica-se por sua necessidade. No Brasil, o desempenho estatal tem ocorrido de maneira insuficiente, principalmente no que pertine à implementação de políticas de prevenção e recuperação da delinquência, estimulando assim o avanço da criminalidade. "Entretanto, não é demasiado dizer que a responsabilidade há de ser atribuída também à sociedade, posto que esta apenas exige; em raras situações colabora" (KUEHNE, 1998, p. 62).

Hoje, o que se vivencia no Brasil, é um cenário de crise do sistema penal, no qual a violação de garantias e direitos corresponde à realização da justiça para o senso comum e a prisão é considerada a única resposta penal possível e eficiente no combate à criminalidade. O cenário atual brasileiro é marcado por um aumento progressivo: da criminalidade e da violência; da sensação de impunidade e insegurança; da falência e ineficiência do sistema penal brasileiro.

Dito disso, deve-se refletir sobre os modelos de justiça penal adotados e buscar construir um novo direito penal, eficiente, para o futuro. Deste modo, diante de um sistema penal atual punitivo-retributivo, surge a problemática que gira em torno deste trabalho, qual seja: o direito penal conseguirá manter-se, e se merece ser preservado?

Uma resposta afirmativa não é de modo algum tão segura quanto em outras criações culturais, pois certamente o direito penal é uma instituição social muito importante. Deste modo, a hipótese que mais se aproxima à problemática do presente trabalho, aponta para um abandono ou esquecimento da fundamentação filosófico-antropológica do Direito Penal, o que tem repercutido na perda do seu caráter garantista.

Este trabalho, tem como objetivo geral, demonstrar os avanços do Direito Penal desde a redemocratização brasileira pós 1988, e quais suas possíveis projeções numa visão futurista, visto esta através da análise histórica, doutrinária, constitucional e dos direitos neles pleiteados, dentre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Este trabalho se justifica, pela necessidade de provocar um questionamento e reflexão sobre alguns aspectos estruturantes da política criminal, por uma parte, e histórico e sociológico por outra, inclusive sobre quais os efeitos de uma possível mudança do Direito Penal, de modo que esse novo cenário se explique e que essa possível mudança (política, jurídica e social) seja entendida, com suas consequentes formas de legitimação do poder e atuação de suas instituições na aplicação do Direito Penal brasileiro.

Se analisarmos a ponderação bipolar da liberdade, da vítima e do infrator, podemos dizer que essa liberdade consiste na manifestação mais evidente da elevação da pessoa humana como sujeito e não simples objeto da ordem jurídica, conforme aliás, a segunda fórmula do Imperativo Categórico Kantiano, que irá dar lugar ao conhecido princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, tal como se contém no artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podemos ter uma postura crítica em relação ao pensamento Kantiano, em face de seu formalismo ético; mas, de qualquer forma, graças à sua influência ainda se consigna nas leis fundamentais o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica (MONTENEGRO, 2015).

Este trabalho realizar-se-á através de uma pesquisa exploratória de forma qualitativa, através do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, se utilizando como método de abordagem a análise crítica dedutiva sobre a sistemática do direito penal brasileiro contemporâneo, bem como suas possíveis projeções e perspectivas a nível de futuro, tendo em vista que na medida em que o pressuposto do direito subjetivo se vê abandonado, segue-se uma alteração de rumos do direito penal.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Lei n.º 7.209/84 traz consigo a incumbência do Direito Penal de se modernizar de acordo com a atual sociedade:

> Que o Estado não deixe de exercer seu *jus puniendi*, mas que proteja a sociedade e seus bens jurídicos fundamentais, conferindo ao Direito Penal a repressão às condutas lesivas realmente necessárias de ataque contra a esses bens e, ao mesmo tempo, coibindo arbitrariedades do Estado e respeitando os direitos fundamentais garantias do cidadão, sobretudo, os princípios jurídicos e a dignidade humana.

> Que o Direito Penal exerça seu papel funcional, de construir políticas criminais, de perseguir seus propósitos, vinculado a um modelo de Estado.
>
> Que a pena adequada seja aplicada, não necessariamente a prisão, fugindo da ideia de que pena significa prisão, de modo a manter o controle social, com recondução do infrator a sociedade.
>
> E que nela se observe dignidade e humanidade, assim como sua execução, respeitando a individualização, a progressão, até a ressocialização e que o ser humano jamais seja um instrumento de uso para consecução das finalidades político-criminais do Direito Penal.
>
> E, nas razões e propósitos da reforma penal da Parte Geral do Código Penal em 1984, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que traz uma série de princípios constitucionais penais e aplicáveis ao Direito Penal, extrai-se a ideia de que o Direito Penal deve ser legítimo, passando por uma filtragem constitucional (FELICIO, 2019).

As balizas e princípios da Reforma Penal de 1984 encontrados na Constituição Federal de 1988 remete a concluir que tudo caminhou para uma preparação e entrega do Direito Penal à Constituição. A partir daí, faz-se uma leitura de que o Direito Penal deve se fundamentar na Constituição, respeitando seus princípios e uma pauta mínima de direitos humanos. Visto que o legislador de 1984 enxergou o Direito Penal não como *prima ratio*, mas como *ultima ratio*, partindo da premissa de um Estado Democrático de Direito em que a regra não é proibir, mas permitir, reprimindo apenas o necessário, a Constituição Federal de 1988, no seu advento, caminhou no mesmo sentido (DOTTI, 1999).

Por vezes o Direito Penal através dos Códigos Penais esteve separado da Constituição vigente e a partir de 1988, aderindo à Constituição Federal às premissas anteriormente adotadas pela grande reforma, permitiu o surgimento de novas teorias e uma concepção ganhou destaque: o Direito Penal fundamentado na Constituição.

A forma como se comportou o legislador de 1988, qual seja, em sintonia com o legislador 1984 demonstra que o Direito Penal deve ser encarado à luz da Constituição e de suma importância que, se quisermos adotar uma linha filosófica-sistêmica de como se fez naquela oportunidade, esse é o primeiro ponto de partida (BONAVIDES, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Direito Penal partindo da premissa de um Estado Democrático de Direito fortaleceu a obrigação e necessidade de se respeitar os direitos e garantias fundamentais, lutados às duras penas ao longo dos séculos. Os princípios constitucionais penais são a prova verdadeira dessa conquista (BUSATO, 2013).

A Constituição Federal de 1988, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I, erigiu os direitos e deveres individuais coletivos. Neste capítulo também definiu vários princípios constitucionais penais, garantidores de garantias aos cidadãos quando o Estado é obrigado a colocar em prática o jus puniendi, para que não existam arbitrariedades e nem regimes de exceção (MORAES, 2017, p. 637).

Tais princípios são norteadores da atuação Estatal no campo penal, para a garantia de um processo imparcial e justo, afastando qualquer punição exacerbada e desmedida quando da aplicação da pena e garantidor do devido processo legal, amparado no contraditório e na ampla defesa. Fundamentos de um Estado Democrático de Direito. Assim, a observância dos princípios constitucionais penais é de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais e para a aplicação da lei penal, sendo, pois, repetido no Código Penal e nas demais leis, como forma de concretização da Justiça (BITENCOURT, 2010).

Deste modo, ao analisarmos a evolução do Direito Penal no Brasil, é possível perceber como o desenvolvimento de uma nação é refletido em seu ordenamento jurídico; e não é possível compreendermos as leis que temos atualmente sem uma análise sistemática de como elas foram um dia. Uma sociedade não tem existência sem o Direito Penal.

Ou seja, uma sociedade evoluída é aquela na qual a punição ocorre sem a desvinculação dos direitos básicos inerentes à própria condição de pessoa humana, lição que nosso país aprendeu, infelizmente, à custa de séculos de terror imposto pelas Ordenações Portuguesas e vergonhosos erros judiciários, como o caso da "Fera de Macabu"[175] (CHAVES; SANCHEZ, 2009).

[175] O Brasil foi o primeiro país a extinguir a pena de morte por uma decisão de foro íntimo do imperador. O princípio legal que estabelecia a pena de morte, entretanto, continuou subsistindo no Código Criminal até a proclamação da República. Segundo os historiadores do Direito Penal, o primeiro país a extinguir legalmente a pena de morte foi Portugal, em 1867; no Brasil, nenhum homem livre era mais executado desde fins da década de cinquenta. Logo, o Brasil foi o primeiro país a abolir a pena de morte, embora em caráter informal. Como à época a lei obrigava que todo condenado à morte apelasse à graça do imperador, o poder de Pedro II era suficiente para garantir que ninguém mais seria executado no Brasil, mesmo que a lei continuasse subsistindo - bastava que o imperador concedesse as graças pedidas. MACHI, Carlos. ***A Fera de Macabú*. A História de Motta Coqueiro**. Disponível em:

Espera-se, assim, que o Direito Penal continue cada vez mais se aperfeiçoando, tornando-se um efetivo instrumento de controle social que proteja à sociedade e, ao mesmo tempo, opere de forma humana, sempre observando os direitos e garantias dos cidadãos. A grande lição, portanto, e de inspiração para o futuro é a importância de se adotar uma linha filosófica sistêmica e harmônica das legislações que regem o país, sem nunca fugir de vista a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 também se preocupou com a questão penal, sobretudo da sanção penal, haja vista o disposto no art. 5.º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, citando-se como exemplo o inc. XLVI, o qual dispões que, "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos" (BRASIL, 1988).

Assim, após o advento da Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988, começaram a surgir novas leis de interesse para o direito penal, tais como: a Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37), que, além de manter a inimputabilidade penal para os menores de 18 anos de idade, criou figuras penais típicas, tendo o menor como sujeito passivo (arts. 228 a 244), além de estabelecer agravamentos para tipos penais já existentes (art. 263); a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que estabeleceu novas figuras penais em defesa dos direitos do consumidor (arts. 61 a 80); a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que criou nova definição para infrações penais tomadas como de maior gravidade, por isso sancionadas com maior severidade; a Lei 8.666/93 (Licitações e Contratos), que revogou o art. 335 do CP(LGL\1940\2) e seu parágrafo único e apresentou dez novas figuras típicas, protegendo o procedimento das licitações (LAGO, 2001).

Não podíamos deixar de mencionar para tanto, as recentes mudanças na legislação penal e processual penal com a entrada em vigor do pacote anticrime promovida pela Lei nº 13.964/2019. O chamado "Pacote Anticrime", além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal, tem como foco, aumentar a eficácia no combate à corrupção, ao crime organizado e demais crimes violentos.

> Em relação ao Código Penal, a nova lei criou uma hipótese fictícia de legítima defesa do agente de segurança pública, de aplicabilidade e técnica jurídica discutíveis (novo art. 25, parágrafo único); dispôs-se sobre a execução da pena de multa (novo art. 51); alterou de 30 para 40 anos o tempo máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade (novo art. 75);

http://www.macae.rj.gov.br/conteudo/leitura/titulo/a-historia-de-motta-coqueiro. Acesso em: 14 dez. 2020.

> ampliou os requisitos para concessão de livramento condicional (novo art. 83, inc. III); criou uma hipótese de perda "dos bens [...] correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito", de difícil e perigosa aplicação concreta (novo art. 91-A); ampliou o rol de causas impeditivas da prescrição (novo art. 116, incs. III e IV); incluiu novas hipóteses de roubo majorado – a saber, pelo emprego de arma branca (novo art. 157, § 2º, VII) e pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (art. 157, § 2º-B); e aumentou de 8 para 12 anos a pena máxima do crime de concussão (novo art. 316), equiparando-a à do crime de corrupção e corrigindo o que parece ter sido um esquecimento do legislador da Lei 10.763/03 que, à época, aumentou somente as penas da corrupção ativa e passiva (NOVO, 2020).

Como podemos notar, no campo penal, um dos pontos mais relevantes é a elevação do tempo máximo de prisão para 40 anos (antes 30 anos), e a inversão do *ônus* da prova sobre a identificação do produto do crime. Sobre este último ponto, produto do crime é tudo aquilo que se obtém com a prática delitiva, como o carro roubado, os recursos desviados em peculato, ou oriundos da corrupção passiva. Salienta-se, que o supracitado "Pacote Anticrime", também fez, alterações na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Já, no campo processual a principal novidade é a previsão do juiz de garantias. Pelas novas regras, o juiz que atua na fase de investigação criminal, que decide sobre escutas telefônicas, prisões preventivas, buscas e apreensões e outros incidentes, não pode julgar o mérito do caso. "[...] Busca-se do juiz que decidirá o mérito da questão a serenidade e a imparcialidade, estados mentais nem sempre presentes naquele que atuou na investigação, decretou medidas cautelares ou teve contato com elementos precários de prova" (BOTTINI, 2020).

O que se tem, portanto, com o juízo de garantias está para além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária. Trata-se, sem qualquer exagero, de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático. A mudança, no entanto, para que seja efetiva demanda uma profunda alteração do próprio 'modo de ser' do juiz. Enfim, uma exigência de real transformação quanto à cultura jurisdicional.

Verifica-se que a lei traz novidades importantes, como o juiz de garantias, a definição mais clara da natureza probatória da delação premiada, limites à prisão preventiva, mas também regras questionáveis, como a relativização da vedação à

execução provisória da pena e a inversão do *ônus* da prova nos casos de perdimento, que podem abrir precedentes para violações mais claras e profundas a regras constitucionais consagradas. Não restam dúvidas de que o Pacote Anticrime, trata-se de reforma legislativa de grandes impactos para a Justiça Criminal, visto que, de uma só vez, modificou nada menos do que 17 leis atualmente vigentes, entre as quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal (NOVO, 2020).

3. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO EM FACE DA INEFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As penitenciárias e presídios brasileiros estão inseridos numa realidade pelo qual não estão preparados estruturalmente, há um crescimento na população carcerária que não está sendo acompanhado, dificultando a melhoria da estadia do preso durante seu cumprimento de pena, ocasionando, a não eficácia da Lei de Execução Penal.

Conforme dados da Agência Brasil, o país (números relativos a junho de 2019) conta com uma população carcerária de mais de 773 mil presos, esses números ainda mostram um déficit de 312.125 vagas nas unidades prisionais, e que as vagas disponíveis são 461.026, podendo chegar a um total de 100 mil até 2022. Em números relativos, o Brasil hoje, possui a 3ª maior população carcerária do planeta, bem como, ocupa a 24ª posição entre os países com o maior número de presos provisórios (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Acerca da condição do sistema carcerário brasileiro, Castro e Kelner (2014, p. 103) afirmam que, "o sistema carcerário brasileiro, além de desumano, não comporta mais presos". Devido à superlotação das penitenciárias os programas que envolvem políticas públicas ressocializadoras não conseguem se desenvolver, pois são muitos presos inseridos em um mesmo ambiente.

> Naturalmente que essa superlotação carcerária gera, por si, um infindável número de problemas que culmina por inviabilizar o sistema para o fim de obter os objetivos da pena. Os presos são entulhados em cubículos, onde mal podem se mover. Numa mesma cela muitas vezes se agrupam homicidas, estelionatários, estupradores, ladrões, traficantes (FERREIRA; RABAGLIO, 2015, p. 35-36).

Diante das afirmações supracitadas torna-se difícil a ressocialização dos detentos, pois a implantação da ressocialização é iniciada no momento em que os direitos dos presos são mantidos e principalmente sendo tratados como premissa maior. É importante que eles sejam recebidos em lugares adaptados para indivíduos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que permanecerão por todo o tempo de cumprimento de pena, ressaltando que, não irão ter acesso a outra moradia, viverão dentro do estabelecimento penal. Sendo assim, não há como falar em ressocialização sem cumprir preceitos básicos da Constituição Federal.

Nesse sentido:

> A reintegração do presidiário à sociedade esbarra em vários obstáculos, os quais inviabilizam qualquer esforço institucional de recuperação do indivíduo infrator. Nessa luta é preciso contar não apenas com uma estrutura carcerária eficiente, capaz de proporcionar ao preso uma capacitação mínima de subsistência ao ser liberto, mas também, com o apoio da sociedade (SANTOS, 2001, p. 32).

A Lei de Execução Penal é moderna e garante aos detentos uma execução penal digna e com a finalidade de alcançar a ressocialização, a fim de obter um retorno pacífico à sociedade, no entanto, o que notamos na realidade é diferente. Desse modo, se aos presos não forem apresentadas outras oportunidades, o crime será sempre o primeiro deles. Ressalta, ainda que, é necessário estimular o preso para que o objetivo de reinserir o detento que almeja a LEP seja cumprido (ZALUAR, 1990, p. 73).

Sobre a Assistência Educacional, "o grande problema é que esta oferta se organiza de forma precária e sem uma institucionalização na rede de ensino, como prevê a LEP. Na maior parte das Secretarias responsáveis pela Administração Penitenciária não há um setor para organizar a assistência educacional [...]" (TEIXEIRA, 2007).

Tampouco a dificuldade encontrada na Assistência Educacional, podemos notar ainda, que o Trabalho do Preso, conforme muitas correntes doutrinárias acreditam que dentre os programas que visam ressocializar, seja ele o que mais é efetivo e mais fácil de aplicar nos estabelecimentos penais tem se encontrado com dificuldades na aplicação, na realizada brasileira do Sistema Carcerário.

> [...] devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para fazer com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente [...] (GRECO, 2008, p. 477).

Nesse diapasão, o preso na atualidade brasileira ao entrar e ao sair do estabelecimento penal sofre com as dificuldades encontradas. Diante desta análise do autor, podemos entender o motivo do qual, há o preconceito por parte da sociedade para com o preso, devido ele não estar nos padrões. Ainda, ao que parece para a sociedade brasileira é que ele nunca poderá retornar, sempre será um criminoso e agente ativo de atentados aos costumes.

Para Molina a pena não tem função ressocializadora, ainda escreve:

> A pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar, a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão-somente se lá esteve ou não (MOLINA, 1988, p. 41).

Diante da explanação do autor acima, a sociedade brasileira não costuma se preocupar no motivo em que levou o indivíduo vivenciou o cárcere, importa é que esteve lá, e se esteve lá, tornou-se um problema sem solução para a coletividade, não importando as condições subumanas que foi submetido e nem as oportunidades de ressocialização que não teve acesso. O preconceito está nisso, está na negatividade em que ele é recebido e tratado, fora ou dentro dos estabelecimentos penais.

Para falar em reinserção social deverão ser entendidas as condições que os presos convivem e que são expostos, pois ao que tange a ressocialização é necessário um agrupamento de características para se chegar ao objetivo final, ou seja, a pena privativa de liberdade, por si só, não irá ressocializar o detento, é preciso mais, é preciso programas instituídos com o fim ressocializador e profissionais para contribuir na aplicação destes programas.

Nas palavras de Nogueira (1996, p. 7), "a pretensão de transformar a pena em oportunidade para promover a reintegração social do condenado esbarra em dificuldades inerentes ao próprio encarceramento". Para ele há a existência da agressão nos estabelecimentos penais no Brasil devido ao despreparo dos agentes e policiais, e ainda, dos próprios detentos que ao adentrarem no Sistema Prisional brasileiro, além de já estarem em um caminho do crime, durante seu cumprimento de pena possuíram a tão chamada formação na "escola do crime"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Contudo, as críticas negativas em tela mostram a dificuldade do egresso no Sistema Prisional Brasileiro se ressocializar, não reincidir criminalmente e poder retomar sua vida em liberdade sem que seu interior ainda esteja tomado pelos malefícios do crime

4. CRIMES MODERNOS (DOS CRIMES INFORMÁTICOS)

Entre os vários crimes passíveis de acontecimentos em ambiente cibernético, insta citar que alguns decorrem de práticas que o próprio Direito Penal coíbe, desde sua gênese. Exemplo disso são os crimes contra a honra nas suas três espécies: calúnia, difamação e injúria. Além disso, não raras vezes se noticiam práticas de injúria racial ou pornografia infantil.

Muito se discute em sede doutrinária qual seria a terminologia mais adequada para se referir aos crimes que ocorrem no espaço virtual, ou seja, se o mais correto seria "delito cibernético", "delito eletrônico", "delito digital" ou "delito informático". Apesar de não haver um consenso entre aqueles que escrevem acerca do tema, ou, nem mesmo, na jurisprudência dos tribunais superiores, o Brasil conta, nos dias de hoje, com o Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico (IBDE), cuja posição é no sentido de que a melhor nomenclatura seria "crime eletrônico" (SPINIELI, 2018).

Augusto Eduardo de Souza Rossini, que escreve com propriedade sobre o assunto, assevera que a melhor denominação é aquela que leva o termo "informático" em sua composição, como demonstra:

> Ouso denominá-los "delitos informáticos", pois dessa singela maneira abarcam-se não somente aquelas condutas praticadas no âmbito da internet, mas toda e qualquer conduta em que haja relação com sistemas informáticos, quer de meio, quer de fim, de modo que essa denominação abrangeria, inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível "conexão" à Rede Mundial de Computadores (ROSSINI, 2002).

Quer dizer que, conforme interpretação majoritária na doutrina jurídica penal moderna, delitos informáticos seriam gênero, do qual o delito cibernético, como explicita o sobredito autor, este se refere tão somente aos crimes realizados especificamente no âmbito da internet, cabendo também a expressão "delito telemático", é espécie.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, importante a reflexão trazida à tona por Mário Antônio Lobato de Paiva, em artigo sobre o tema, considerando que o ramo jurídico denominado "direito informático" nada mais é senão o:

> [...] conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador – como meio e como fim – que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do *software*; o comércio eletrônico, e as relações humanas realizadas de maneira *sui generis* nas redes, em redes ou via *internet* (PAIVA, 2003).

Cumpre salientar, finalmente, a existência de certa divergência entre autores no que diz respeito ao reconhecimento do Direito Informático como ramo jurídico autônomo, o que ocasionou a formação de duas correntes bem delimitadas, tema este que sobrevive com aceitações e restrições de ambos os lados da doutrina. Num primeiro ponto, os partidários do tradicionalismo negam sua existência em separado, enquanto outros da mesma corrente entendem que as novas práticas de caráter penal, consumerista, civil, empresarial etc., no âmbito da internet representam um meio e, por esse motivo, são meros reflexos de condutas antes reguladas. Para a segunda corrente, porém, é indiscutível a necessidade de organizar legislativamente a atividade informática, que hoje tanto carece de proteção específica. Além disso, sustentam que o Direito Penal do século XIX restringe-se, em sua maioria, aos bens jurídicos advindos da primeira e da segunda geração de direitos fundamentais, isto é, aqueles relativos à liberdade e à igualdade (SPINIELI, 2018).

O objeto ou bem jurídico que é tutelado pela normal penal representado nos dizeres do clássico penalista Francisco de Assis Toledo como todos os objetos materiais ou imateriais que são protegidos pelo Estado é todo valor ético-social que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, colocando-o sob sua proteção para que não seja exposto a perigo de ataque ou lesões efetivas (TOLEDO, 1994).

Com a evolução do direito, nas sociedades modernas, novos dispositivos jurídicos são criados e usados, por exemplo: no direito penal, há a criação de dispositivos para regular os crimes informáticos e econômicos, além de haver também um novo direito penal focado na cibernética. No Brasil, há a Lei nº 12.737/2012, com foco em tipificar crimes realizados no ambiente digital como invadir computadores das pessoas, roubar senhas de dados dos usuários, dentre outros.

Os legisladores atuais tendem a criminalizar novos tipos de conduta, as quais se desviam dos padrões de conformidade, assim abordam novos tipos de crimes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e, nos dispositivos, incluem também as sanções penais. Criam-se uma enorme quantidade de dispositivos para adicionar maneiras de se punir tais comportamentos, que estão sendo tipificados. Essa hipertrofia do direito penal ocorre por causa das transformações tecnológicas, políticas, culturais ocorridas na sociedade, e elas necessitam de um ajustamento, o qual no Direito Penal é um alargamento no sistema de controle social (ANDRADE, 1997, p. 435-436).

A criminalidade aumentou, mesmo que a vigilância também tenha sido acrescida, no entanto tais fatos não significam o fracasso do direito penal, são fruto das transformações socioculturais e econômico-políticas na sociedade.

5. O DIREITO PENAL DO RISCO E O PARADIGMA PENAL CLÁSSICO

A sociedade de risco traz constantes alterações dos cenários social, político e econômico. Não se pretende desconsiderar aqui, por óbvio, os inquestionáveis benefícios que o desenvolvimento tecnológico trouxe para o bem estar das pessoas. Pretende-se, isso sim, demonstrar que não se pode ignorar as suas consequências negativas, por exemplo, o crescimento gradativo da sensação de medo e insegurança diante do aumento considerável de riscos em uma dimensão cada vez mais global.

Porém, o Direito Penal foi elaborado para tutelar bens jurídicos tradicionais como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, enquanto que, no atual universo pós-moderno, as ações humanas, potencializadas pelo desenvolvimento da razão técnico-instrumental, alcançaram novas dimensões, em relação de espaço-tempo, em que os riscos se globalizam, e geram danos muitas vezes diferidos, atingindo novos bens jurídicos (MACHADO, 2014).

A verdade é que a globalização econômica vem contaminando o sistema jurídico, ora propugnando pela descriminalização de condutas que atrapalhem a eficiência econômica, ora postulando pela adoção irracional de novos tipos aptos a tutelar interesses que impliquem maximização de riquezas. Na medida em que o direito, em termos gerais, amplia o seu âmbito de regulação, naturalmente mais conflitos passam a possuir uma relevância jurídico-penal. Em outras palavras, pode-se dizer que a expansão do direito penal é a consequência natural da expansão de *todo* o direito. Desse modo, o direito penal moderno, marcado por novos paradigmas, visa definir a realidade atual:

> a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que aumenta o índice de criminalidade; b) a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com o advento de um Direito de segunda velocidade (mitigação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> da pena de prisão e adoção de penas alternativas), o que vem demonstrando o aumento da reincidência; c) aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (forma sensacionalista com que a mídia antecipa o julgamento e veicula notícias – como produto de mercado); d) sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação etc.), surgindo, na legislação penal, novos tipos de perigos abstratos e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos; e) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das "novidades" da era pós-industrializada (econômicos, de informática etc); f) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras em nome da eficiência econômica; g) utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e desproporcional; h) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como por exemplo, o Direito Administrativo); i) considerável descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuado pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de "Estados paralelos" à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça "pelas próprias mãos" (linchamento, grupo de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc. (CAMPILONGO, 2000, p. 54).

Com efeito, o caráter "expansivo" do chamado "direito penal do risco" vem acolhendo novas demandas e interesses penais e antecipando a tutela penal. Assim, criando novos tipos penais ou majorando a pena de um já existente, cria-se a ilusão de segurança jurídica para o problema, tendo em vista que o direito teria conseguido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

apreender o fenômeno, entender sua dinâmica e resolver seus conflitos (MACHACO, 2014, p. 63-64).

Cabe considerar, por fim, que o panorama crítico atual tem estabelecido a exigência de renúncia aos princípios que estão atravessados nessa modernidade, na medida em que exige que o direito penal se torne mais flexível e abrangente para poder responder de maneira adequada às crescentes perturbações.

6. POSSÍVEIS PROPOSTAS E MEDIDAS A SEREM ADOTADAS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL DO FUTURO

O Direito Penal parece ser um mal necessário e por isso, deve ser promovido. A abolição do direito penal na vida em sociedade não se revela viável, uma vez que o crime é um fenômeno social. A conduta criminosa é um desvio social, que deve ser combatido e reprimido.

A justiça criminal estigmatiza o condenado e promove sua exclusão social, uma atuação contraditória a um Estado Social de Direito, em que se deve buscar a integração social e a redução das discriminações. A inevitabilidade de mecanismos de controle social pode ser observada no estudo, em que foi desenvolvida a Teoria das janelas quebradas, pelo psicólogo Philip Zimbardo, em 1969 (QUEIROZ, 2019).

Monaliza Montenegro explica como o estudo foi realizado:

> No final da década de 60, psicólogos americanos resolveram dar início a uma curiosa experiência. Deixaram dois automóveis idênticos abandonados em bairros diferentes do Estado de Nova York, um em bairro nobre e outro na periferia. O resultado não poderia ser diferente. O carro que estava na periferia foi rapidamente depredado, roubado e as peças que não serviam para venda foram destruídas. O carro que estava na área nobre da cidade permaneceu intacto. Mas isso os pesquisadores já poderiam prever. O que eles queriam mesmo comprovar era um outro fenômeno. Com isso, prosseguiram quebrando as janelas do carro que estava abandonado em um bairro rico e o resultado foi o mesmo que aconteceu na periferia: o carro passou a ser objeto de furto e destruição (MONTENEGRO, 2015).

De acordo com essa teoria, a desordem gera desordem, e a ausência zelo pelas regras, quer pela figura da autoridade ou pela própria sociedade, acarreta em uma degradação social. Estabelece, desse modo, que a criminalidade está relacionada ao desenvolvimento das relações sociais e à natureza humana (QUEIROZ, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A eficiência de controles sociais preventivos no combate à criminalidade, pode ser observada ainda, em casos como o Japão e como Munique. No caso japonês, há um controle social consideravelmente mais intenso, em que a família, os vizinhos e a polícia de imagem assistencial, atuam, conjuntamente, e dificultam o comportamento desviante. A estrutura social japonesa é bem menos individualista que a ocidental e a criminalidade acaba sendo consideravelmente menor quando comparada aos países industriais do ocidente. Da mesma forma, constata-se em Munique, em que o policiamento muito intenso acarreta em uma eficácia preventiva, tornando esta, a cidade mais segura da Alemanha (ROXIN, 2008, p. 25-30).

Dessa forma, observa-se que um controle preventivo mais intenso, pela autoridade ou própria sociedade, poderia representar uma medida eficiente para a política criminal, desde que observado o respeito aos direitos fundamentais. O Estado de Direito é incompatível com qualquer proposta de diminuição de garantias, por isso a pena não pode implicar jamais na perda ou diminuição dos direitos fundamentais, ou seja, a prisão só pode ocorrer quando houver a necessidade de aplicação de pena para a proteção de bens jurídicos relevantes. Dessa forma, o policiamento ostensivo, preventivo, que encontra limites constitucionais deve ser observado como uma medida efetiva e necessária para a eficiência de qualquer sistema punitivo.

Ademais, a manutenção dos presos e dos presídios acarreta em custos elevadíssimos para o Estado. O Estado deveria promover, por meio do cumprimento da pena, a reintegração do preso ao meio social, dotando-o de capacidade ética, profissional e honra. Contudo, acaba somente impondo ao condenado constantes violações a direitos humanos e à sua dignidade, em nada contribuindo para seu aperfeiçoamento pessoal e profissional (QUEIROZ, 2019).

Nesse cenário, deve-se buscar a construção de um Direito Penal Mínimo. O Abolicionismo destaca as desvantagens do direito penal estatal, ao estabelecer que o aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não é tão eficiente quanto um combate às causas sociais da delinquência. No entanto, a proposta não seria da abolição do Direito Penal (ROXIN, 2008, p. 31).

Baratta (2008, p. 162) destaca que o sistema penal brasileiro funciona da seguinte forma:

> O Direito Penal não defende todos e somente os bens essenciais nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados e quanto castiga as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo parcial; a lei penal não é igual para todos. O status criminal é desigualmente distribuído entre os indivíduos; O grau efetivo de tutela e de distribuição do status

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, pois estas não constituem as principais variáveis da reação criminalizadora e de sua intensidade.

As considerações trazidas pela criminologia crítica possuem relevância em um país marcado pela desigualdade social, como o Brasil. Constata-se, no sistema punitivo brasileiro, fenômenos como a criminalização da pobreza e da influência das causas sociais na delinquência.

Consoante o pensamento de Salo de Carvalho, A perversão da equação que agrega a histórica omissão de políticas sociais integradoras com a ingerência ativa na ampliação das hipóteses de criminalização, obtém, como resultado, a barbarização dos espaços de encarceramento, barbarização das prisões significa a manutenção pelo poder público de locais totalmente inadequados a implementação dos programas de ressocialização divulgados pelas próprias agências oficiais, locais precarizados que, em razão dos déficits de investimentos, sequer propiciam condições de sobrevivência mínima aos apenados em cárceres, manicômios judiciais e instituições juvenis. Os limites de urgência no sistema prisional foram ultrapassados há décadas e, dia a dia, são acumulados fatos que revelam a indecência da execução penal no Brasil [...] (CARVALHO, 2020, p. 31).

Diante disso, percebe-se que a importância das políticas sociais na construção de um direito penal eficiente. A realidade social exerce um papel fundamental nos índices de violência e criminalidade. Deve-se buscar um Estado de Bem-Estar Social para todos, por meio de investimentos sociais voltados para a erradicação da pobreza e redução da desigualdade.

7. DESLEGITIMAR PARA ALCANÇAR A RELEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL

Diante da regulação e do Estado Solidário, parecem ser pertinentes as discussões acerca do Direito Penal e das políticas criminais. São discussões instigantes que acabam por desafiar a grande maioria dos estudantes, entusiastas, doutrinadores e operadores do Direito. A problemática da sua aplicação e do papel que desempenha na sociedade ultrapassa os limites da área jurídica: engloba o estudo do comportamento humano, das relações sociais, da sociologia, da filosofia, da hermenêutica e assim por diante (YAMAZAKI, 2017).

> O direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo

> da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais da frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente (STRECK, 2010, p. 164).

Percebe-se, portanto, que é difícil encontrar soluções em apenas uma área do conhecimento, já que o direito é dinâmico, vivo, envolvente e mutável. Não se pode esquecer que, "o direito como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que lhe opuser barreiras" (IHERING, 2009, p. 29).

Nesse sentido, a crença nas políticas criminais de Lei e Ordem, a aplicação de um Direito Penal voltado à criminalização e na efetividade do cárcere é comum entre os membros da sociedade. Isso porque, proporciona a falsa sensação de se viver em uma sociedade mais segura e mais justa. No entanto, o que se observa na prática é uma política criminal muito mais repressiva e incriminadora, com o condão de mostrar resultado imediato (YAMAZAKI, 2017).

É a partir desse cenário que o caos penal surge como uma onda devastadora que precisa ser contida. Então, com o objetivo de conter o caos e trazer, de fato, respostas para o clamor social por segurança, surgem novas propostas, como é o caso do Direito Penal Mínimo, ou ainda, minimalismo penal, pautado no "garantismo" dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O minimalismo é um movimento de crítica ao atual sistema de justiça penal, com proposta de redução desse sistema. Sob esse ângulo, o minimalismo penal é caracterizado pela disposição de promover a (des)legitimação do Direito Penal vigente e, no mesmo passo, a apresentação de uma proposta alternativa de política criminal crítica, que represente um programa de contenção da violência punitiva estatal, baseado nas mais rigorosas afirmações das garantias próprias do Estado de Direito e numa ampla política de descriminalização. Sob essa ótica, o Direito Penal seria reduzido a um mínimo necessário, alcançando um campo de incidência limitado a condutas inexoravelmente danosas (BARATTA, 2003, p. 348).

Ocorre que, não existe um minimalismo, mas, sim, diferentes minimalismos em perspectivas teóricas e práticas. Existem minimalismos como caminho a se chegar ao abolicionismo, minimalismo como fim em si mesmo e minimalismo reformista. Vale evidenciar, no entanto, que, tanto o minimalismo como o abolicionismo são movimentos caracterizados pela deslegitimação do Direito Penal vigente. A distinção básica entre esses movimentos é que, diferentemente do abolicionismo, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

minimalismo defende a necessidade do Direito Penal, desde que reduzindo a um campo mínimo de incidência (ANDRADE, 2005).

Por minimalismo reformista (ou minimalismo de reforma penal), entende-se o movimento de reforma que, sob o prisma da intervenção mínima e do uso da prisão *como ultima ratio*, pretende a busca por alternativas penais à pena de prisão. No Brasil, podemos citar como exemplo a reforma penal e penitenciária de 1984 e a implantação dos juizados especiais. Essa denominada reforma penal e penitenciária diz respeito às Leis ns. 7.209/84 e 7.210/84, que introduzem as penas alternativas, sendo posteriormente editada a Lei nº 9.714/98. E, em 1995, a implantação dos juizados especiais criminais, com a Lei nº 9.099/95 (SILVA, 2017).

O abolicionismo, por sua vez, apesar dos diferentes níveis de defesa de teses abolicionistas, é considerado como um movimento que pretende superar a cultura ideológica do sistema penal, pois tem como princípio cardeal a descriminalização na maior rigorosidade possível do sistema penal, e não simplesmente abolir as instituições de controle. Assim, os modelos que utilizam o minimalismo como meio para se chegar ao abolicionismo partem da ideia de que a crise estrutural do sistema penal é irreversível e assumem o abolicionismo como objetivo final, pois não acreditam na (re)legitimação do sistema penal no presente ou no futuro (SILVA, 2017).

É certo que vivemos num momento de ruptura social, no qual as recentes ameaças causadas pelos novos riscos (terrorismo, aquecimento global, crime organizado, manipulação genética, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos etc.), causam um colapso nos tradicionais instrumentos de segurança. Todavia, não é o direito penal que possui os instrumentos de defesa social suficientes para proteção desses mega riscos. Conforme Dias, é a filosofia que deve repensar os caminhos de superação, os líderes da comunidade que devem promover a interiorização das novas ideias e dos valores nos indivíduos, os agentes econômicos e sociais que devem se auto-organizarem e autorregularem (DIAS, 2003).

Como limite de proteção penal na tutela de bens jurídicos deve existir um diálogo entre o direito constitucional e o direito penal, mais especificamente uma relação material entre os mandados de criminalização constitucionais e a ordem legal dos bens jurídicos. Ocorre que, de acordo com Jorge de Figueiredo Dias, esses mandados de criminalização devem ser expressos, pois "não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização" (DIAS, 1999, p. 80).

Por fim, há os modelos que partem da deslegitimação do sistema penal para uma futura reafirmação ou (re)legitimação. Trata-se da utilização do minimalismo como fim em si mesmo, pois acredita que o sistema penal possa ser (re)legitimado (ANDRADE, 2005). É esse modelo de minimalismo como fim em si mesmo que Ferrajoli,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

partindo de uma "teoria garantista dos vínculos e dos limites", defende, com o objetivo de alcançar critérios de deslegitimação do poder punitivo estatal. Porém, o autor reconhece que essa deslegitimação não pode ser total, pois o direito penal, quando aplicado apenas na tutela dos direitos fundamentais, é o mal menor se comparado a outras reações não jurídicas. Com isso, essa legitimação mínima do sistema penal evita os altos custos de uma anarquia punitivista (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

Nessa crise de legitimidade e expansão do sistema penal, enquanto o abolicionismo dialoga com os minimalismos teóricos, o minimalismo reformista ainda corre o risco de se tornar um minimalismo pendular e, paradoxalmente, aumentar a via de controle penal, uma vez que, a pretexto de minimizar a tutela penal, o controle sobre as menores práticas acaba por aumentar a fronteira de atuação, abandonando a essência minimalista e se transformando em uma verdadeira expansão do Direito Penal, desprovida das garantias processuais (SILVA, 2017).

Para guiar a atuação de intervenção penal, Dias traz ao debate a aplicação do princípio da não intervenção moderada, de maneira que, para o controle da criminalidade dentro dos fatores sociais suportáveis, todo o aparato estatal de controle do crime deve intervir o menos possível, desde que na medida indispensável para assegurar as condições essenciais de funcionamento da sociedade (DIAS, 1999, p. 80).

Portanto, conforme Vera Andrade (2005), é preciso dar novo significado ao minimalismo e erguer novos muros de fronteiras para essa expansão penal. Entre a aversão do abolicionismo e a "colonização do eficientismo", a solução que parece mais possível é a de deslegitimar o Direito Penal para legitimá-lo futuramente, sob um verdadeiro enfoque de Direito Penal mínimo.

Assim, teríamos que destacar, ainda que de forma vaga e imprecisa, seguindo a mesma linha argumentadora deste ensaio, que as normas orientadoras do microssistema seriam aplicadas como discurso, com o fim de resgatar um consenso racionalmente motivado, por meio de argumentos, em processos de entendimento, nos quais, sob especiais condições de interação, os participantes ingressam em um discurso negociado, buscando cooperativamente a verdade e a justiça, excluídas na conciliação quaisquer coações exceto a dos melhores argumentos (GÜNTHER, 2004, p. 75 e ss), retirando da esfera de proteção penal aqueles fatos que, motivados pela proteção a bens jurídicos supraindividuais, em sua tutela exigem elementos de flexibilidade, com utilização de novos elementos alternativos de voluntariedade, oportunidade e consenso, que em um sistema repressivo penal ficariam comprometidos ou constituiriam elementos violadores de garantias, direitos e princípios, nucleares do direito penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Daí, então, delineadas algumas linhas iniciais de uma proposta alternativa, uma "terceira via", para uma atuação material e instrumental, apta à demanda decorrente da proteção de bens jurídicos universais, construída segundo as características marcantes destes próprios bens jurídicos, a necessidade de elementos de consideração de aptidão na responsabilidade de pessoas jurídicas, na recepção de construções materiais, agora extrapenais, de perigo, com a utilização procedimental primária da negociação ampla, regulada por elementos objetivos e subjetivos de represamento, com uma voluntariedade na recepção do procedimento e a oportunidade da persecução de causas que apresentem como dignas de importância, em real afronta ou perigo de afronta aos bens protegidos, sempre se sujeitando à adoção ou aplicação de sanções entre as quais não se inclui a prisão (PEREIRA, 2000).

Apenas a título de argumentação, as alternativas restariam adequadas aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, porquanto respeitariam a dignidade da pessoa humana, reprimindo mais adequadamente as violações a determinada classe de bens, que não são aptos a uma resposta penal exata, justa e eficaz, optando por elementos de oportunidade e voluntariedade que, alinhados ao direito de escolha e participação ativa dos envolvidos na própria produção de soluções argumentadas para os prejuízos ou o perigo de prejuízos produzidos, manteriam intactas as próprias estruturas do sistema penal de persecução e proteção, em uma segurança jurídica adequada aos reclamos da sociedade atual.

8. CONCLUSÃO

Da leitura do trabalho, extraímos que a pena no decorrer da história brasileira sofreu inúmeras modificações, tendo funções distintas em cada momento, tendo influenciado de forma direta na sociedade. Entretanto ainda existem dúvidas em relação ao verdadeiro caráter da pena, pois mesmo diante de toda essa evolução, a sua função não tem se mostrado muito eficaz, restando a dúvida se seria melhor uma função punitiva, coercitiva ou reeducativa.

Uma sociedade não tem existência sem o Direito Penal. E uma sociedade evoluída é aquela na qual a punição ocorre sem a desvinculação dos direitos básicos inerentes à própria condição de pessoa humana, lição que nosso país aprendeu, infelizmente, à custa de séculos de terror imposto pelas Ordenações Portuguesas e vergonhosos erros judiciários. Mas nosso ordenamento vem conseguindo superar suas limitações e consolidar-se como um trunfo que cada cidadão brasileiro dispõe para defender-se da opressão Estatal.

Enfim, conhecer as leis que regem e regeram seu país é o mínimo que um cidadão pode fazer para entender como este país funciona e o que se pode fazer para

contribuir com ele, torná-lo cada vez melhor. Isto é ato de cidadania e, mais que direito, é dever de cada membro da sociedade.

Pois bem, em razão da atual realidade de inchaços dos presidiários e fundamentado na ideia de que as clássicas prisões nada mais são do que um erro erguido sobre pedras que têm sido utilizadas, não raras vezes, para a aplicação de suplícios e descaracterização da autoconceito do indivíduo, observa-se na atualidade uma forte intenção de modificar a aplicação desse castigo há tanto já realizado na história da humanidade. A prisão, a nosso ver, deve ser sempre a última das soluções, mas a extinção total dessa instituição não seria realmente a maneira mais eficaz para a realização de uma justiça plena.

No ramo do Direito Penal, deve-se ser muito mais cauteloso, pois a realização de uma decisão precipitada envolve a retirada de um bem preciosíssimo para o ser humano: a liberdade. Portanto, deve ser realizado da observação aperfeiçoada e minuciosa de fatos, na tentativa de alcançar uma solução não só perfeita, mas também eficaz, ou seja, é o passo a passo de uma realização constante da prevenção. Importante destacar que se torna quase impossível “ressocializar” alguém que conviveu (ainda que por curto espaço de tempo) em uma situação adversa de valores e ideais daqueles que estão na sociedade liberta e, ainda, fazê-lo sentir-se igual àqueles que sempre estiveram libertos quando da sua prisão (PEDROSO; BEZERRA, 2016).

A pena privativa de liberdade apresenta diversas dificuldades, por exemplo, o custo da construção das instituições bem como a manutenção destes, além do custo com o indivíduo preso. Mas é necessário destacar que a maior dificuldade da pena privativa de liberdade é aquela realizada no íntimo do indivíduo uma vez preso, através da convivência dos infratores primários com transgressores reincidentes e de "vasta experiência", assim como aqueles que ficam no aguardo de julgamento.) Porém, não só a prisão, mas também as instituições totais de maneira geral, "em nossa sociedade, são estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu”, a desconstrução da identidade individual (GOFFMAN, 1961).

Como prova do exposto, percebe-se, então, que a prisão promove, através da força, o desenvolvimento de padrões de comportamento e de crenças diversos do mundo exterior, até mesmo porque são criados, na maioria das vezes, pelo próprio grupo na intenção de preservar a sua integridade e, apesar de essas normas serem típicas de uma sociedade, não desenvolvida culturalmente, são cumpridas com extremo rigor, por isso a prisão deve ser reservada apenas aos que representam gravíssimos riscos à sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Surge, também, paralelamente, a necessidade de estimular nos aplicadores de penas a aplicação constante das penas alternativas. O fracasso dessa instituição deve ser de qualquer maneira evitado, pois tal fracasso nos serviria como uma máquina do tempo, reportando-nos há séculos, o que, de uma maneira ou de outra, seria abominável para nossa sociedade. Pois bem, não se pode negar que o momento, que não é atual, é de instituição de uma nova cultura e qual seja esta, senão aquela que defende a humanização da pena privativa de liberdade fundamentada na garantia dos direitos humanos (PEDROSO; JARDIM, 2019).

Faz-se necessário que a sociedade adquira a capacidade de indignação não apenas em face do crime, mas, também, diante do abandono das prisões, não silencie diante da infâmia e da barbárie. É bem verdade que a crise dos presídios tem seu lado positivo - em determinados momentos, faz a sociedade repensar o real sentido da pena.

O motim, uma erupção de violência e agressividade, que comove os cidadãos, serve para lembrar a comunidade que o encarceramento do delinquente posterga o problema. Ele rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere. Partindo dessa premissa, os presídios manifestam-se, atualmente, instituições inadequadas à recuperação do autoconceito do indivíduo, fazendo parecer que a sua subsistência atende às finalidades de retribuição do mal cometido pelo infrator (BITENCOURT, 2001).

Assim sendo, o sistema punitivo no Brasil que não realizou adequadamente nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê a retribuição de forma correta. Portanto essa negligência do Estado ao não socializar, nem educar, contribuiu tão somente para o processo de marginalização. O sistema carcerário brasileiro foi reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça como um Estado de Coisas Inconstitucional, já que corresponde à uma verdadeira institucionalização da violência, degradação humana e constantes violações à direitos fundamentais (QUEIROZ, 2019).

Diante disso, demonstrou-se a importância das políticas sociais na construção de um direito penal eficiente. Ressaltou-se que a realidade social exerce um papel fundamental nos índices de violência e criminalidade. Portanto, deve-se buscar um Estado de Bem-Estar Social para todos, por meio de investimentos sociais voltados para a erradicação da pobreza e redução da desigualdade.

Por outro lado, lá onde o direito penal ultrapassa suas tarefas político-criminais, a descriminalização é possível se levada a cabo. Também através da diversificação se conseguirá substituir não a punibilidade, mas a punição concreta em casos menos graves, arquivando-se o processo, o que quase sempre é feito sob certas

condições. Apesar das limitadas possibilidades de descriminalização e dos mais intensos esforços de prevenção, o número de dispositivos penais e de infrações a eles deve crescer.

Isto em nada altera o fato de que o direito penal do futuro se tornará ainda mais suave do que é hoje. Isto decorre principalmente das possibilidades de diversificação, da substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, da utilização de novas sanções menos limitadoras de liberdade (como a prisão domiciliar ou a proibição de dirigir), e de que, especialmente no campo da microcriminalidade econômica e ambiental, as indispensáveis sanções a pessoas jurídicas, apesar de sua grande eficácia preventiva, mal provoquem sofrimentos individuais (ROXIN, 2001).

Deve-se reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), pilar do Estado Democrático de Direito, irradia efeitos jurídicos para além da Constituição, de modo que se expande para o Direito Penal Material e, logicamente, Processual. A dignidade processual deve carregar a mesma natureza da dignidade da pessoa humana. O réu, como pessoa humana que é, não pode ser instrumentalizado pelas instâncias judiciais de atuação para o descobrimento da verdade a qualquer custo, para que seja imposta a sanção penal. O interesse pela reparação do crime deve sobrepor-se à representação do processo de aplicação da pena, pois a imposição penal expansiva não (re)estabelece a justiça, apenas demonstra o império do poder.

Em resposta à pergunta que ensejou este trabalho, o Direito Penal, sim, conseguirá manter-se e será preservado. Porém, para isso, ele necessita ser visto, como uma âncora, e essa âncora deve estar no presente, não no presente dos instantes, mas em qualquer coisa outra que mostre os problemas, "os problemas criminais" que atormentam o nosso quotidiano.

Portanto, no presente trabalho, o que se pretende é que o Direito Penal, se preocupe com a criminalidade organizada, sobretudo com aquela de cariz transnacional; se preocupe como terrorismo, também ele de matriz internacional ou mesmo transnacional e sem coloração, pelo menos aparentemente ideológica; se preocupe com a efetiva e concreta punição de atos de corrupção de modo a que um tal comportamento não se transforme em doença endémica tolerada; se preocupe com as manifestas violações ambientais, visíveis e elas são tantas no presente; se preocupe a construir, em sistema organizado dentro de um perfil mundial, com novas normas de aplicação da lei penal no espaço; se preocupe a ser um direito penal de corpo inteiro e não um direito penal que admita, como boa ou até desejável, uma fissura nos seus objetivos e na definição das suas regras elementares; se preocupe a ter como referente inescapável a proteção de bens jurídicos que possam encontrar referência na Constituição ou em espaços normativos de igual dignidade; se preocupe com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

hipertrofia insustentável da carcerização; se preocupe em ser uma defesa, uma cidadela, dos direitos fundamentais de todos, do arguido à vítima (COSTA, 2014).

Eis um rol de preocupações do presente que são tarefas mais do que suficientes para mostrar que o futuro das mais próximas gerações futuras, só essas racionalmente estão no nosso horizonte, estará bem assegurado se conseguirmos cumprir esta pauta de encargos. Deste modo, tendo presente que a crise do Direito deve ser dada pelo próprio Direito, é preciso realinhar os termos do processo aos direitos humanos e à própria Constituição Federal, pois não é possível invocar os conceitos, os princípios e as garantias do passado para dar sentido e fundamentar o processo penal do presente.

Diante das mudanças reais e políticas da pós-modernidade, que vêm acontecendo muito rapidamente, quiçá, seja a hora de (re)pensar as políticas públicas antes de agir. Ou seja, trazermos as alternativas ao debate antes de incrementa-las na prática (dia-dia), para que possamos, deste modo, tentar libertar o imaginário punitivista da sociedade pós-moderna.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado**. Presos provisórios são o segundo maior contingente. Publicado em 14/02/2020 - 12:47 Por Luciano Nascimento - Repórter da Agência Brasil – Brasília. Disponível em:

https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado#:~:text=Publicado%20em%2014%2F02%2F2020,e%20nas%20carceragens%20das%20delegacias. Acesso em: 15 jan. 2021.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 435-436.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo:** a crise do sistema penal entre deslegitimação e expansão. Palestra proferida no painel "Crime, Castigo e Direito", em 28 de setembro de 2005, em Florianópolis, na XIX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

BARATTA, Alessandro. ***Criminología y sistema penal.*** Montevideo: B de F, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 6ª edição, 2008. p. 162

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Direito de Defesa:** Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime". Revista Consultor Jurídico, 6 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime. Aceso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7209, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 11 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. Apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi, São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 608p. ISBN 9786555592122.

CASTRO, Fernando Borba de; KELNER, Lenice. **Justiça penal restaurativa**: uma possibilidade crítica e transformadora. Revista Jurídica, v. 18, n. 37, p. 99-122, 2014

CHAVES, Leandro Santos; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL POSITIVADO NO BRASIL**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/2238/2222.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

COSTA, José de Faria. O Provedor de Justiça, os Direitos Fundamentais e o Direito Penal Atual. Provedor de Justiça. Na defesa dos cidadãos. Jornadas de Direito Penal Vila moura - Portugal, 2014-03-21. Disponível em:https://www.provedor-jus.pt/?idc=97&idi=15361. Acesso em: 20 jan. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, n. LXXV, volume comemorativo, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Silvia Aline Silva; RABAGLIO, Aline Cristina Pelozo. **Contribuição ao estudo dos impactos ambientais**: uma reflexão a partir das unidades prisionais da nova alta paulista. Revista Científica ANAP Brasil, v. 8, n. 12, 2015

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectivas,

1961.

GRECO, Rogério. **Direito penal**: Parte Geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz, São Paulo: Landy, 2004.

IHERING, Rudolf von. **A lura pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KUEHNE, Maurício. **Execução Penal no Estado do Paraná**. Curitiba: JM, 1998.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **A Evolução da Sanção Penal**. Revista dos Tribunais | vol. 792/ 2001 | p. 477 - 500 | Out / 2001 DTR\2001\469 [recurso eletrônico]. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 08 dez. 2020.

MACHADO, Linia Dayana Lopes. **Sociedade de risco e a proteção jurídico-penal do meio ambiente**: um desafio da pós-modernidade. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014. 161p. Disponível em:

http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2702/1/LINIA%20DAYANA%20LOPES%20MACHADO.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Manual de criminologia***: Introducción y teorias de la criminalidad. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

MONTENEGRO, Monaliza. ***A desordem gera a desordem. Conheça a teoria das janelas quebradas***. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/26/a-desordem-gera-desordem-conheca-a-teoria-das-janelasquebradas/. Acesso em: 06 dez. 2020.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional.** 33º Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NOVO, Benigno Núñez. **As mudanças na legislação penal e processual penal com o pacote anticrime**. Jus, 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/78849/as-mudancas-na-legislacao-penal-e-processual-penal-com-o-pacote-anticrime. Acesso em: 12 dez. 2020.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Os institutos do Direito Informático**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, n. 14, ago 2003. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigoid=5487&revista_caderno=17. Acesso em: 22 dez. 2020.

PEDROSO, Vanessa Alexsandra de Melo; BEZERRA, Samara Crismarques. GT I: **DIREITOS HUMANOS E CRIMINALIZAÇÃO DA 'QUESTÃO SOCIAL' NA AMÉRICA LATINA. O FUTURO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:** CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO DA PENA E A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA DO PODER PÚBLICO POR SUA APLICAÇÃO. Unifavip/DeVry. 2016. Disponível em: http://www.proealc.etc.br/VI_SEMINARIO/assets/pdfs/gti/Beatriz%20Gershenson%20et%20al%20GT01.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

PEDROSO, Alexsandra de Melo; JARDIM, Carlos Jair de Oliveira. **O Castigo Abstrato e o Castigo Concreto**: eficácia da estrutura da crueldade institucional pela ausência do direito. Sequência (Florianópolis) Print version ISSN 0101-9562On-line version ISSN 2177-7055 Sequência (Florianópolis) no.81 Florianópolis Jan./Apr. 2019. Epub June 03, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552019000100202. Acesso em: 13 dez. 2020.

PEREIRA, Claudio José. **Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais**. Direito das Relações Sociais. PUC/SP. São Paulo. 2000. Disponível em: http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp011650.pdf. Acesso em: 04 jan. 2021.

QUEIROZ, Marina Costa Monteiro de. **MEDIDAS PUNITIVAS A ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS A CRIMES**: APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO DOS MENORES INFRATORES. EMERJ. ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro: 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2019/MarinaQueiroz.pdf. Acesso em: 05 dez. 2020.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos**. Caderno Jurídico, Ano 2, n. 4, jul. 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Tem Futuro o Direito Penal?** Revista dos Tribunais | vol. 790/2001 | p. 459 -474 | Ago / 2001. Doutrinas Essenciais de Direito Penal | vol. 1 | p. 569 - 589 | Out / 2010 DTR\2001\367 [recurso eletrônico]. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 15 dez. 2020.

SANTOS, Jocevaldo Gomes dos. **Reintegração Social do Preso**: Utopia e Realidade. In: Revista CEJ, Brasília, n. 15, p. 30-34, set./dez. 2001, p. 32.

SILVA, P. B. M. **PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS: O DESAFIO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE**. Doutrina Pártia. RKL Advocacia. 2017. Disponível em: https://www.rkladvocacia.com/protecao-de-bens-juridicos-e-manutencao-das-garantias-processuais-o-desafio-da-expansao-do-direito-penal-na-pos-modernidade. Acesso em: 23 dez. 2020.

SPINIELI, André Luiz Pereira. **CRIMES INFORMÁTICOS:** COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI Nº 5.555/2013. 2018. Disponível em: http://www.memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/crimes-ciberneticos-coletanea-de-artigos. Acesso em: 21 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar A "Letra da Lei" É Uma Atitude Positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Estudos Jurídicos. ISSN Eletrônico 2175-0491. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/2308-4897-2-PB.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

TEIXEIRA, José Carlos. **O Papel da Educação como Programa de Reinserção Social para Jovens e Adultos Privados de Liberdade**: perspectivas e avanços. *In: EJA e Educação prisional*, Boletim nº 06, p. 14-21. Brasília: SEED/MEC, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

YAMAZAKI, Yuna. **A Efetividade Do Direito Penal E A Resposta À Sociedade Quanto À Redução Da Violência No Brasi**l. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba-PR. Ano X, n. 17, jul/dez-2017. ISSN 2175-7119. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima17/2-A-Efetividade-Do-Direito-Penal-E-A-Resposta-a-Sociedade-Quanto-a-Reducao-Da-Violencia-No-Brasil-Yamazaki.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

ZALUAR, A. **Teleguiados e chefe**: juventude e crime. Religião e Sociedade. São Paulo: Centro de Estudos da Religião, v.15, n.1, 1990.

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE O INFLUENCIADOR DIGITAL E O FORNECEDOR EM DECORRÊNCIA DE PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO NOS PRODUTOS ANUNCIADOS

GABRIELE BEZERRA MIRANDA: Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

EMANUEL MESSIAS SOARES REIS[176]

(coautor)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES[177]

(orientadora)

Resumo: A presente pesquisa abordou a possibilidade de responsabilização solidária entre influenciador digital e fornecedor, nos casos de publicidade enganosa decorrente da omissão nos produtos anunciados. O objetivo geral do estudo, foi adentrar no universo do influenciador digital através do Direito do Consumidor, abordando a possibilidade de responsabilização conjunta entre este profissional e o fornecedor do produto anunciado. Esta pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, baseada em materiais já elaborados, composto por livros, artigos científicos e jurisprudências. Os influenciadores digitais se caracterizam pelo grande poder de alcance nas redes sociais, utilizadas diariamente por bilhões de pessoas. Devido ao grande poder de persuasão no ambiente virtual seus expectadores acabam buscando tudo que é visto em seu perfil. Em razão do alto crescimento das compras virtuais nos últimos anos, especialmente com a pandemia de Covid-19, os anúncios por este profissional se fizeram cada vez mais frequentes. Ocorre que, em alguns casos esses profissionais omitem determinadas informações consideradas essenciais, ludibriando o consumidor, caracterizando a publicidade enganosa por omissão. Por esse motivo, se questiona a possibilidade de responsabilização do influenciador digital junto ao fornecedor dos produtos.

176 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

177 Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

Palavras-chave: Influenciador Digital, Publicidade Enganosa, Redes Sociais, Responsabilização Solidária.

Abstract: This research addressed the possibility of joint liability between digital influencer and supplier, in cases of misleading advertising arising from the omission of advertised products. The general objective of the study was to enter the universe of the digital influencer through Consumer Law, addressing the possibility of joint liability between this professional and the supplier of the advertised product. This research was developed through bibliographic research, based on already elaborated materials, composed of books, scientific articles and jurisprudence. Digital influencers are characterized by their great power of reach on social networks, used daily by billions of people. Due to the great power of persuasion in the virtual environment, their viewers end up seeking everything that is seen on their profile. Due to the high growth of online shopping in recent years, especially with the Covid-19 pandemic, ads by this professional have become more and more frequent. However, in some cases these professionals omit certain information considered essential, misleading the consumer, characterizing misleading advertising by omission. For this reason, the possibility of liability of the digital influencer with the supplier of the products is questioned.

Keywords: Digital Influencer, Deceptive Advertising, Social Networks, Joint and Several Liability.

Sumário: Introdução 1. O Influenciador Digital e o seu Papel Enquanto Fornecedor 2. A Importância das Redes Sociais no Mercado Consumerista 2.1 Compras Virtuais e o seu Aumento 2.2 Pandemia de Covid-19 3. Publicidade Enganosa 4. Responsabilização Solidária entre Influenciador Digital e o Fornecedor pela Publicidade Enganosa. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Influenciadores digitais são os indivíduos que produzem conteúdo por meio de redes sociais, engajando milhares de pessoas com os seus perfis na internet. Por ter se tornado uma profissão nos tempos modernos, esses profissionais faturam por anúncios publicitários em seus perfis, incentivando o seu público a adquirir determinado produto.

O presente estudo levantou a seguinte questão norteadora: é possível haver responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor em decorrência de publicidade enganosa por omissão no produto anunciado? Teve como principal objetivo analisar acerca de tal possibilidade de responsabilização. A metodologia utilizada apoiou-se em pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, além de materiais já elaborados, compostos por livros e artigos científicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A pesquisa foi instigada pela percepção dos crescentes casos de publicidade enganosa nas redes sociais. Do ponto de vista social, é de suma importância discutir tal assunto, a partir do momento em que nossa sociedade vive um grande processo de modernização, acelerado pelo uso das redes sociais que se tornaram indispensáveis para grande parte das pessoas, inclusive dentro das relações consumeristas, onde muitas vezes somente adquirem determinado produto por ser indicação de um grande influenciador digital nas redes.

Devido ao grande alcance e influência que as redes sociais geram sobre a sociedade atual, esse profissional tornou-se uma referência para o público que o acompanha, levando as pessoas a adquirirem determinados produtos apenas pelo anúncio veiculado ao seu perfil. No entanto, a expectativa gerada sobre o produto, acaba muitas vezes não sendo atendida, devido ao fato do objeto não possuir a qualidade relatada pelo influenciador ou até mesmo possuir vício não mencionado na publicação.

Essa realidade se retrata a nível mundial, na medida em que a globalização interliga as diversas comunidades em diversos países. Diariamente, milhares de anúncios são veiculados por esses perfis, alcançando bilhões de pessoas ao redor do globo. A problemática alcança níveis universais, na medida em que todos que adquirem o objeto anunciado, esperam pelos mesmos resultados que lhe foram ofertados.

No Brasil, segundo a pesquisa realizada pela 178 *We are social* em parceria com a *hoot suíte*, 66% da população utiliza as redes sociais, essa porcentagem resulta em mais de 140 milhões de usuários. Explicitando que, o grande alcance da publicidade que o profissional dessa área pode possuir. No entanto, esse tema ainda é pouco debatido, apesar de sua crescente relevância.

Nesta esteira, o estudo analisou as evidências científicas acerca da responsabilização solidária do influenciador digital com o fornecedor do produto anunciado em decorrência de vício por omissão. Visto que é importante determinar o tipo de relação entre esse profissional e o fornecedor dos produtos. Além disso, estabelecer qual a sua responsabilidade perante a omissão de vício nos produtos por ele anunciados.

Alguns pontos importantes foram abordados acerca do tema, a publicidade enganosa por omissão veiculada pelo influenciador, embasando o papel desse profissional enquanto fornecedor no meio digital, foi apontado a importância das

178 COSTA, Thaís. Quais são as redes socias mais usadas no Brasil em 2019? Rockcontent, 2020. Disponível em: https://rockcontent.com/br/blog/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/. Acesso em: 25 out. 2020.

redes sociais, com foco no mercado consumerista, em virtude do grande aumento das compras virtuais, observando especialmente o contexto da pandemia de Covid-19, e por fim, a responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor.

1 O INFLUENCIADOR DIGITAL E O SEU PAPEL ENQUANTO FORNCEDOR

O termo Influenciador Digital deriva do inglês *digital influencer*, são grandes formadores de opinião, possuindo a capacidade de modificarem o comportamento e a mentalidade daqueles que os seguem, em razão da maneira que expõem seus gostos, seu dia a dia, suas preferências, nas quais, acabam conquistando a confiança daqueles que os acompanham, os chamados seguidores.

Na maioria dos casos, são pessoas a princípio consideradas "comuns", no sentido de não serem nacionalmente ou internacionalmente conhecidas. Mas ao longo do tempo foram adquirindo seguidores que gostaram das suas publicações, variando em diversos seguimentos, seja no mundo da moda, da saúde, do entretenimento e outras diversas áreas. No entanto, pessoas com carreiras já consolidadas, as chamadas celebridades ou famosos, também possuem esse chamado poder de influenciar seus telespectadores virtuais.

Com a Geração Y, conhecida como a geração que presenciou o surgimento e o crescimento das novas tecnologias, com foco na atividade de consumo e nas compras via internet, esses indivíduos possuem um papel em evidência. Por conta da correria do cotidiano e até mesmo da comodidade e do conforto de fazer compras em sua casa, as pessoas buscam a alternativa de adquirirem novos produtos via web. Com isso, buscam como referência a indicação daquelas pessoas que costumam acompanhar diariamente nas suas redes sociais, no caso, os influenciadores digitais.

Segundo Karhawi (2016), os influenciadores digitais que estão nas mais diversas redes sociais, ocupam espaços de "pessoas comuns", dessa maneira, há um diálogo com seus seguidores em nível de igualdade, por esse motivo, esses influenciadores acabam tendo uma vantagem em relação às demais revistas e sites tradicionais, pois estas não possuem uma relação de proximidade com seus assinantes ou internautas.

Pelo fato de as redes sociais serem um grande mecanismo de publicidade por meio da atuação dos influenciadores digitais, muitas marcas acabam optando por elegerem o *influencer* como símbolo, pois atingem seu público-alvo com maior intensidade, consequentemente, aumentando suas vendas.

Algumas pesquisas comprovam esse alto poder de persuasão dos influenciadores, como a pesquisa feita pelo 179Instituto QualiBest, em março de 2018. Dos entrevistados, 55% afirmaram que costumam pesquisar a opinião dos

179 Quem são os maiores influenciadores digitais do Brasil?. Disponível em: https://www.institutoqualibest.com/comportamento/os-maiores-influenciadores-digitais/. Acesso em: 20 out. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

influenciadores antes de fazer alguma compra e 86% descobriram algum produto por meio de um *digital influencer*.

Analisando o campo econômico e empresarial, "influenciadores digitais são formadores de opinião virtuais que representam uma alternativa para as empresas que confiam na comunidade reunida em torno desses perfis como público-alvo de divulgação". (ALMEIDA, 2018, p.16).

Desse modo, é possível observar a maneira como os influenciadores conseguem fazer com o que o produto ou serviço que anunciam em suas redes sociais sejam grandes objetos de busca, fazendo com que seus seguidores queiram também adquirir o que foi anunciado. Isso fez com que grandes marcas e até mesmo empresas iniciantes busquem cada vez mais esses profissionais para divulgarem seus produtos.

Em relação ao papel do influenciador digital enquanto fornecedor, cabe conceituar quem é o fornecedor de forma geral**,** elencado no artigo 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Em resumo, o fornecedor é aquele que na relação de consumo, dedica-se à atividade de prover o mercado, sendo o responsável pelo fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço para o consumidor.

Diante do grande impacto persuasivo que os influenciadores conseguem atingir aos mais diversos padrões comportamentais dos seus seguidores, que podem também ser denominados de consumidores, em virtude das inúmeras compras realizadas através das indicações nas plataformas digitais, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, há a possibilidade dos influenciadores digitais equiparados a figura do fornecedor.

Para que seja feita a parceria entre a marca ou empresa e o *influencer*, pode ser feito mediante pagamento, em que estipulam uma determinada quantia para que sejam feitas postagens em suas redes sociais, com destaque para o *Instagram*, ou por meio de trocas, por exemplo, é feita a divulgação e em troca recebem o produto que foi anunciado.

De maneira geral, as publicações são feitas de maneira natural, ou seja, não fica explícito que aquilo que estão anunciando é uma publicidade. No entanto, como anteriormente mencionado, há um retorno para quem está fazendo o anúncio, desse modo, entra a figura do Código de Defesa do Consumidor, pois ambas as partes, fornecedor e influenciador, estão sendo beneficiados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É inegável o papel de garantidor que o influenciador possui na relação consumerista na qual está inserido. Há a figura da confiança, no momento em que pessoas passam a efetuar compras por meio de anúncio em suas páginas de perfil pessoal. Uma vez que, passam informações que não condizem com a realidade real do produto ou serviço também é violada a boa-fé. Cabe mencionar Gonçalves (2012), onde relata que aquele que lucrar com uma determinada situação, este deve responder pelo risco ou desvantagens que dela resultem.

Insta mencionar o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAL E MORAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - DEFEITO DO PRODUTO - FORNECEDOR APARENTE - MARCA DE RENOME GLOBAL – LEGITIMIDADE PASSIVA – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA EMPRESA RÉ.
>
> Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, consequentemente, sua responsabilidade, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.
>
> 1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor [...]. (STJ - Resp. 1.580.432/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Marco Buzzi – j. 06.12.2018 – DJe 04.02.2019).

Nesse sentido, o entendimento é que há responsabilidade para aquele que mesmo sem participação de forma direta no processo de fabricação, identifique-se em comum com o produto fabricado, conhecido como fornecedor aparente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Tartuce e Neves (2020), o conceito de fornecedor equiparado equivale a possibilidade solidária quando há uma publicidade ou oferta que causou algum dano aos consumidores, respondendo solidariamente o meio de comunicação, a empresa patrocinadora e todos os que foram responsáveis pelo conteúdo, como a agência de publicidade e seus profissionais.

2 A IMPORTÂNCIA DAS REDES SOCIAIS NO MERCADO CONSUMERISTA

Com o avanço da tecnologia e as mais novas formas de interações no ambiente virtual, as redes sociais assumem um importantíssimo papel, seja para facilitar a comunicação entre os indivíduos, para a busca de informações e até mesmo para o entretenimento. Falando em ambiente de consumo, esse meio virtual está em alta, principalmente por conta da presença dos influenciadores digitais.

Inúmeros são os acessos diários nas redes sociais, em especial o *Instagram*. Ao ser feito a publicidade de determinado produto, a própria ferramenta já facilita o direcionamento do usuário para que a compra seja efetuada, de maneira rápida e fácil, o que acaba elevando o número de compras. Por meio da rede social, o consumidor recebe a informação quando observa as publicações dos *influencers* que estão presentes em sua lista, no qual são escolhidos de acordo com sua preferência e de maneira tendenciosa é disponibilizado como seguir para a efetivação da compra, o que acontece com um simples *click*.

2.1 Compras Virtuais e o seu Aumento

Segundo Vaz (2011), com o advento da internet ocorreram diversas transformações que influenciaram os indivíduos a mudarem seu comportamento, se percebe que cada vez mais os meios virtuais fazem parte do cotidiano da população, refletindo diretamente no modo de consumo da sociedade, que usufrui da comodidade trazida pela tecnologia.

Nota-se que esse novo modo de comprar tem sido bem acolhido pela grande massa. Ao longo dos últimos anos, se percebe um largo crescimento nas compras virtuais, demonstrando assim que esse tipo de comércio já conquistou seu espaço no mercado consumerista.

Conforme a internet e as redes sociais se popularizaram, os perfis de consumo também mudaram. Segundo pesquisa realizada no ano de 2019 pelo 180NZN Intelligence, cerca de 74% dos consumidores brasileiros tem preferido realizar suas

180 COMPRA ONLINE É PREFERÊNCIA DE 74% DOS BRASILEIROS. E-commercebrasil, 2019. Disponível em: https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/compra-online-preferencia-de-consumidores-brasileiros/. Acesso em: 22 out. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

compras virtualmente ao invés realizá-las em estabelecimentos físicos. E cerca de 82% dos consumidores que possuem internet em casa já realizaram alguma compra online.

2.2 Pandemia de Covid-19

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde decretou que o mundo passava por uma pandemia de corona vírus, agente causador da doença COVID-19. De acordo com os pesquisadores da organização a doença é altamente contagiosa.

Poucos dias depois, no dia 22 de abril de 2020, o Conselho Nacional de Saúde recomendou que o Brasil adotasse o isolamento social, como forma de conter o avanço do vírus no país. Com a adoção das medidas, foi determinado que as lojas físicas que não vendiam produtos essenciais fossem fechadas.

Em razão disso, houve a necessidade do consumidor brasileiro se adaptar às compras por meio virtual. De acordo com um levantamento da 181**Ebit/Nielsen**, que foi feita em parceria com a Elo, o faturamento com as vendas online subiu 47% no primeiro semestre. Ao todo, foram feitos 90,8 milhões de pedidos entre janeiro e junho de 2020 o que totalizou 38,8 bilhões de reais. Representando números superior ao esperado pelos especialistas.

Diante desses dados, se percebe que a mudança de comportamento dos consumidores tem feito cada vez mais as empresas se interessarem pelo ambiente virtual, veiculando publicidade a esta, um meio onde o influenciador digital encontra-se inserido.

3 PUBLICIDADE ENGANOSA

Em primeiro lugar, se faz necessário fazer uma breve distinção entre publicidade e propaganda, diante disso, Tartuce (2018) afirma que, a publicidade deve ter um objetivo sempre voltado para o comercial, além disso é paga e deve identificar o seu patrocinador, já a propaganda nem sempre é paga e identifica seu patrocinador, possui ainda uma maior amplitude, pois pode estar atrelada a fins religiosos, ideológicos, políticos, sociais, econômicos ou filosóficos.

Nesta esteira, é necessário conceituar o que é publicidade mais a fundo, segundo Nunes (2019) a publicidade se caracteriza como um instrumento por meio do

181 COM ALTA DE 47%, E-COMMERCE ALCANÇA MELHOR RESULTADO DOS ÚLTIMOS 20 ANOS. Consumidor Moderno, 2020. Disponível em: https://www.consumidormoderno.com.br/2020/08/28/e-commerce-cresce-47-no-1o-semestre-maior-alta-em-20-anos/#:~:text=Segundo%20pesquisa%20da%20Ebit%2FNielsen,janeiro%20e%20junho%20de%202020. Acesso em: 25 out. 2020.

qual o publicitário ou fornecedor aproxima o produto ou serviço do consumidor, sendo limitado pelos princípios constitucionais em relação a sua utilização. Se percebe que a publicidade é permitida no Brasil, desde que respeite certos limites impostos pela Magna Carta.

No entanto, nem todos os tipos de publicidade são permitidos, existem anúncios que visam ludibriar o consumidor ao apresentarem em seu conteúdo, produtos ou serviços que não correspondem com a realidade.

O Código de Defesa do Consumidor, proíbe em seu artigo 37 a chamada "publicidade enganosa", além disso no parágrafo primeiro do mesmo artigo, o legislador buscou apresentar as características da mesma, sendo ela uma publicidade onde existem informações ou comunicações, inteira ou parcialmente falsas, mesmo que por omissão.

Aduz Filomeno (2018) dispõe que, a mensagem publicitária deve carregar consigo os verdadeiros atributos que os produtos ou serviços possuem, e ainda não omitir determinados atributos necessários para percepção do consumidor sobre o que está sendo anunciado.

Dando continuidade à linha de raciocínio, se percebe que existem dois tipos de publicidade enganosa, por omissão e por comissão. Segundo Almeida (2019) na publicidade enganosa por comissão, afirma-se algo que não existe, que não faz parte do que está sendo anunciado, para dessa forma influenciar erroneamente a opinião do consumidor sobre determinado produto ou serviço.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 37, parágrafo terceiro caracteriza o que é a chamada publicidade enganosa por omissão, como já mencionado, é aquela que deixa de apresentar dado essencial sobre o produto, o que pode vir induzir o consumidor a erro.

O grande questionamento fica na questão do que seriam esses dados essenciais. Segundo Nunes (2019), a informação essencial é aquela que quando ausente, influencia na compra do consumidor, além disso sem aquela informação o uso do produto ou serviço fica comprometido, pois o consumidor não sabe verdadeiramente suas especificações, nem tampouco como utiliza-lo adequadamente.

Desse modo se percebe que se o anunciante deixar de mencionar um item essencial do produto, como um volante em um carro, não se caracterizará a publicidade enganosa, a partir do momento em que é de conhecimento geral que todos os carros possuem volantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4 RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE INFLUENCIADOR DIGITAL E O FORNECEDOR PELA PUBLICIDADE ENGANOSA

Esclarecido o conceito de publicidade enganosa, se faz necessário abordar as consequências para quem veicula esse tipo de publicidade, bem como para quem dela se beneficia. Aduz o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 30:

> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Realizando a leitura do artigo, se percebe que a publicidade ou oferta de produto realizada vincula o fornecedor que a fizer de modo que deve até integrar o contrato a ser celebrado.

Em seguida, o artigo 35 do mesmo diploma determina as penalidades para o fornecedor que se recusar a cumprir tal oferta, podendo o consumidor escolher livremente entre exigir o cumprimento da oferta apresentada na publicidade, aceitar outro objeto ou contribuição equivalente, ou rescindir o contrato com direito a ser indenizado por perdas e danos e ser ressarcido por eventuais pagamentos antecipados.

Filomeno (2019) destaca que o que o fornecedor prometeu em anúncio publicitário deverá ser cumprido, de modo que os consumidores devem exigir exatamente o que se foi prometido no anúncio publicitário.

Segundo Tartuce (2018) o entendimento é o de que o Código de Defesa do Consumidor determina que a responsabilidade sobre tais atos de publicidade enganosa é em regra objetiva e solidária, envolvendo o anunciante e o fornecedor, se estes não forem a mesma pessoa.

Vale ressaltar que, a responsabilidade objetiva é aquela que independe da culpa do causador do dano, ou seja, não é necessário que seja avaliada a intenção daquele que causou o dano, bastando tão somente que fique configurado o nexo causal.

O fornecedor-anunciante sempre será responsável pelos danos causados pelo seu anúncio e a agência que produziu o anúncio será responsabilizada, em regra, juntamente com o fornecedor, de forma solidária, Nunes (2019). Dessa forma, se percebe que a relação entre fornecedor e anunciante vai além da simples veiculação de publicidade sobre determinado serviço ou produto, ela une ambos os lados, de forma que se a publicidade for enganosa ambos responderão as sanções cabíveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda existem dúvidas caso haja a responsabilização, como esta será caracterizada, se de maneira objetiva ou subjetiva. Tartuce e Neves (2017) aduzem que a discussão sobre a responsabilidade civil de pessoas com notoriedade, como os influenciadores digitais é ampla, visto que o princípio da boa-fé objetiva deve imperar sobre as relações de consumo, e a partir do momento que o profissional veicula sua imagem a determinado produto ou serviço, diversos consumidores irão os adquirir somente pela confiança depositada nesse indivíduo.

Nesse sentido, apesar das raras decisões acerca do assunto, o Juizado Especial Cível de Barra Mansa, em recente decisão, no processo de n°0019543-02.2019.8.19.0007, reconheceu a responsabilidade objetiva de uma influenciadora digital que anunciou a venda de um celular, no entanto, tratava-se de um golpe.

Segue um trecho da referida decisão:

> Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, ao perscrutar os autos verifico que a atividade normalmente desenvolvida pela requerida (Virgínia) implicar em expor produtos de terceiros a venda, sob sua chancela e indiscutível influência, posto que sem ela, não teríamos a contratação do produto, pois por ser seguidora desta é que a ré comprou o direcionado produto.182

A aludida decisão confirma o nível de influência que tal indivíduo exerce sobre o seu público. É importante ressaltar que na decisão foi destacado que a autora somente adquiriu o produto por ter sido indiscutivelmente influenciada pela profissional.

Além disso, percebe-se na decisão que o fornecedor utilizou o nome da influenciadora para adquirir a confiança do público, tendo em vista a credibilidade que este tipo de profissional possui na grande maioria das vezes por parte dos seus seguidores. Por isso, ao vincular sua imagem com determinado fornecedor, o influenciador deve se atentar à credibilidade que a marca possui, evitando transtornos futuros.

182 RODAS, Sérgio. **Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou**. Direito News, 2020. Disponível em: https://www.direitonews.com.br/2020/08/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou.html. Acesso em: 20 out. 2020.

No caso anteriormente mencionado, ficou claro que a influenciadora digital foi responsabilizada pelo golpe que sua seguidora sofreu. Fazendo uma extensão ao tema abordado, nos casos de vício por omissão, se vislumbra a possível responsabilização do influenciador nos mesmos moldes da decisão referida, pois mesmo que o seguidor receba o produto, se este não for o mesmo que se foi ofertado, ou apresentar algum vício oculto, se abre possibilidade para reparação do dano, de forma solidária entre influenciador e fornecedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é notório que o tema possui extrema importância, na medida em que se encontra cada vez mais presente na sociedade atual. Percebe-se que apesar de ser uma nova profissão, a carreira de influenciador digital se tornou altamente rentável e a busca por esse profissional tende a aumentar consideravelmente.

Por apresentar grande influência no meio digital, esses profissionais estão sendo cada vez mais procurados por pequenas e grandes marcas, com o intuito de alavancarem suas vendas. Na sociedade atual, as compras virtuais são frequentes por inúmeros motivos, como a comodidade de comprar no conforto da sua casa, sem que seja necessário a ida a uma loja física. Neste cenário, o *influencer* acaba sendo a figura perfeita para atrair novos clientes.

No ano de 2020, com a pandemia de Covid-19, foi necessário o isolamento social com o objetivo de diminuir a propagação do vírus. Em razão disso, as lojas físicas foram fechadas, mas as compras não pararam, ocasionando um grande aumento no comércio virtual.

Juntamente com o aumento das compras virtuais, também cresceu a publicidade enganosa nesse meio. Vale relembrar que a publicidade enganosa é aquela onde existem informações ou comunicações, inteira ou parcialmente falsas, mesmo que por omissão.

Em relação a problemática central deste estudo, notou-se que é possível a responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor do produto ou serviço anunciado, em decorrência de vício oculto. Apesar de ainda não existir legislação específica acerca do tema, através da adaptação da doutrina vigente, além de jurisprudências, percebeu-se que o influenciador ao anunciar um produto ou serviço que gere prejuízo ao consumidor em decorrência de vício, será obrigado a repara o dano juntamente com o fornecedor do produto.

Em razão disso, faz-se necessário um maior aprofundamento sobre as questões jurídicas relativas ao anúncio de produtos por esses profissionais. Para isso, a criação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de uma legislação específica sobre o tema traria uma maior segurança diante de eventuais conflitos, como também a adaptação das normas já vigentes à modernização das relações de consumo.

Por fim, diante de todo o exposto e adaptando o tema à legislação vigente, conclui-se ser possível a responsabilização solidária entre o influenciador digital e o fornecedor, em decorrência de publicidade enganosa por omissão nos produtos anunciados.

REFERÊNCIAS

A IMPORTÂNCIA DO ISOLAMENTO SOCIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19. SanarMed, 2020. Disponível em: https://www.sanarmed.com/a-importancia-do-isolamento-social-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19. Acesso em: 25 out. 2020.

ALMEIDA, F. B. D. **Direito do consumidor esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ALMEIDA, M. I. S. de et al. **Quem Lidera sua Opinião? Influência dos Formadores de Opinião Digitais no Engajamento**. Revista de Administração Contemporânea. Rio de Janeiro: ANPAD, 2018, v. 22, n. 1, p. 16.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE**. Recomendação nº 027 de 22 de abril de 2020, 2020. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1132-recomendacao-n-027-de-22-de-abril-de-2020. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 25 out.2020.

COM ALTA DE 47%, E-COMMERCE ALCANÇA MELHOR RESULTADO DOS ÚLTIMOS 20 ANOS. Consumidor Moderno, 2020. Disponível em: https://www.consumidormoderno.com.br/2020/08/28/e-commerce-cresce-47-no-1o-semestre-maior-alta-em-20-anos/#:~:text=Segundo%20pesquisa%20da%20Ebit%2FNielsen,janeiro%20e%20junho%20de%202020. Acesso em: 25 out. 2020.

COMPRA ONLINE É PREFERÊNCIA DE 74% DOS BRASILEIROS. E-commercebrasil, 2019. Disponível em: https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/compra-online-preferencia-de-consumidores-brasileiros/. Acesso em: 22 out. 2020.

COSTA, T. **Quais são as redes socias mais usadas no Brasil em 2019?** Rockcontent, 2020. Disponível em: https://rockcontent.com/br/blog/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/. Acesso em: 25 out. 2020.

FILOMENO, J. G. B. **Direitos do consumidor** – 15. ed. rev., atual. e ref. – São Paulo:Atlas, 2018.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2008. E-book. Disponível em: https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais: o eu como mercadoria**. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). Tendências em comunicação digital. São Paulo: ECA/USP, p. 39-58, 2016, p. 46-47. Disponível em: http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1. Acesso em: 20 out. 2020.

NEVES, D. A. A; TARTUCE, F. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual.** Volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/cfi/6/2!/4/2@0:0. Acesso em: 21 out. 2020.

NUNES, L. A. R. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013. E-book. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

Quem são os maiores influenciadores digitais do Brasil?. Disponível em: https://www.institutoqualibest.com/comportamento/os-maiores-influenciadores-digitais/. Acesso em: 20 out. 2020.

RODAS, S. **Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou**. Direito News, 2020. Disponível em: https://www.direitonews.com.br/2020/08/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou.html. Acesso em: 20 out. 2020.

TARTUCE, F. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VAZ, C. A. **Google marketing: o guia definitivo de marketing digital**. 3. ed. São Paulo, SP: Novatec Editora, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FEMINICÍDIO: ASPECTOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS NA COMPREENSÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

LUZIA ARAÚJO MARACAIPE: Graduanda do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG

JORGE BARROS FILHO[183]

(orientador)

RESUMO: Ainda com resquícios de discriminação e violência de períodos históricos anteriores, no momento atual a morte de milhares de mulheres todos os anos traz à tona a importância em se debater o feminicídio, que num conceito geral é a morte de mulheres em razão de gênero. Desse modo, o presente estudo tem como objetivo geral discutir as formas de violência doméstica sofrida pelas mulheres. Nos objetivos específicos, foca-se a análise do fenômeno feminicídio, que mata milhares de mulheres todos os dias. Com isso, apresenta-se o posicionamento jurídico sobre esse tema e principalmente as leis e normativas que condenam essa prática, como por exemplo, a Lei nº 13.104/2015. Além disso, apresentam-se as razões que levam o legislador e ao Magistrado a caracterizar o crime de feminicídio. Na metodologia, a realização dessa pesquisa se deu por referência bibliográfica (livros, artigos científicos, legislação, etc.). Nos resultados, foi possível encontrar que o feminicídio ainda é muito praticado na sociedade, mesmo com a sua criminalização. O que deve ser feito é um enfoque maior na eficácia das medidas protetivas e na busca por alternativas fora do âmbito jurídico que possam prevenir a ocorrência de feminicídio.

Palavras-chave: Feminicídio. Violência. Mulher. Psicologia. Legislação.

ABSTRACT: Still with traces of discrimination and violence from previous historical periods, at the present moment the death of thousands of women every year brings to light the importance of debating feminicide, which in general is the death of women due to gender. Thus, the present study has the general objective of discussing the forms of domestic violence suffered by women. Specific objectives focus on the analysis of the feminicide phenomenon, which kills thousands of women every day. With this, the legal positioning on this topic is presented and mainly the laws and regulations that condemn this practice, such as Law nº. 13.104/2015. In addition, the reasons that lead the legislator and the magistrate to characterize the crime of feminicide are

183 Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail:

presented. In the methodology, this research was carried out by bibliographic reference (books, scientific articles, legislation, etc.). In the results, it was possible to find that femicide is still widely practiced in society, even with its criminalization. What should be done is a greater focus on the effectiveness of protective measures and the search for alternatives outside the legal scope that can prevent the occurrence of femicide.

Keywords: Femicide. Violence. Women. Psychology. Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Contextualizando a violência contra a mulher. 4. Do feminicídio no Brasil. 5. Consequências jurídicas e psicológicas do Feminicídio. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra o sexo feminino é um assunto recorrente nas últimas décadas. Além de discutir as mudanças ocorridas na causa feminista, discutem-se ainda as causas e efeitos do crescimento da violência contra a mulher. Pesquisas recentes têm mostrado o quanto às mulheres são violentadas e mortas diariamente, seja pelos seus companheiros (a) ou pela própria sociedade.

Tão grave quanto os atos de violência contra a mulher está a alta taxa de homicídios. Nesse contexto, a nomenclatura correta é o feminicídio, que é caracterizado como sendo o homicídio praticado contra a mulher motivado pelo simples fato de ela ser 'mulher'. É um crime de gênero, onde o sexo feminino é causa principal para a sua consumação (SOUZA; BARROS, 2016).

O feminicídio é uma realidade muito presente na sociedade brasileira. A título de exemplo, em dado estatístico feito pelo Monitor da Violência (parceria feita entre o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública) expôs que houve um significativo aumento de 7,3% nos casos de feminicídio em 2019 em comparação com 2018. São 1.314 mulheres mortas pelo fato de serem mulheres – uma a cada 7 horas, em média (VELASCO; CAESAR, 2020).

Diante disso, o respectivo estudo tem como objetivo discorrer sobre o feminicídio no Brasil. Para isso, apresentam-se os principais aspectos envolvendo a questão jurídica, sobretudo, a análise da Lei nº 13.104/15, mais conhecida como Lei do Feminicídio que incluiu como qualificador do crime de homicídio, o feminicídio.

Também se faz pertinente discorrer sobre os aspectos psicológicos, uma vez que é preciso entender as causas para essa prática e os efeitos que esse crime traz para à sociedade.

Frente a esses apontamentos iniciais, a respectiva pesquisa busca discorrer a respeito do crime de feminicídio no campo jurídico e encontrar as razões reais e concretas para a sua configuração no campo social. Nesse sentido, discutem-se as razões que se leva em consideração para caracterizar e praticar o respectivo crime.

2. METODOLOGIA

Na metodologia, esse estudo trata-se de uma revisão da literatura, pois contextualiza o cenário de pesquisa atual, aponta inconsistências conceituais e incita a realização de novos estudos, tudo a partir do resumo e da síntese de trabalhos já existentes (CARVALHO, 2019).

Os meios de buscas empregados foram as doutrinas jurídicas encontradas em livros, artigos, sites, jornais, revistas, etc. Nos critérios de inclusão e exclusão os materiais utilizados nesta pesquisa são baseados na legislação brasileira e na jurisprudência. Todos os materiais serão adquiridos de forma gratuita, por serem leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3. CONTEXTUALIZANDO A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Dentro da conjuntura da violência doméstica, a mulher é de fato a maior vítima. Pesquisas ao longo das últimas décadas mostram que milhares de mulheres são violentadas diariamente em todos os cenários: no trabalho, na sociedade, na família, dentro de casa, na rua, nos estabelecimentos privados, dentre outros. A violência contra o gênero feminino é notória.

A mulher, apesar da evolução social, que lhe permitiu estudar, entrar para o mercado de trabalho, tem certa independência até mesmo no âmbito familiar, mas ainda assim há situações de preconceito, discriminação e, consequentemente, atos de violência.

Importante frisar que mesmo sendo a mulher a principal vítima desse tipo de crime, a Lei Maria da Penha enfatiza que não se restringe a proteção apenas ao sexo feminino, mas a qualquer gênero e a qualquer parentesco. Nesse sentido:

> Quando se fala que a Lei Maria da Penha discrimina os homens, isso não é verdade. A Lei Maria da Penha, na verdade, vai manear um sujeito que sofre uma discriminação específica, uma violência específica e que precisa, portanto, de respostas e mecanismos específicos para sanar essa ausência de direitos ou essas violências (BARSTED, 2014, p. 01).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda de acordo com a retro lei, violência doméstica contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, de acordo o artigo 5º da lei 11.340/2006.

A lei explana cinco maneiras de violência doméstica e familiar, mostrando que não ocorre apenas a violência que deixam marcas e evidências. Existe a violência psicológica, que é xingar, humilhar, intimidar ou amedrontar; debochar publicamente, diminuir a autoestima, estes seriam alguns exemplos de violência psicológica. A violência física é bater, espancar, empurrar, torturar, usar arma branca, utilizar arma de fogo, existindo assim inúmeras formas de violentar fisicamente (FRANCO, 2019).

A lei também fala da violência sexual, que é forçar relações sexuais quando a mulher não quer ou estar sem condições de consentir; forçar a mulher a olhar imagens pornográficas quando a mesma não quer ver, forçar a mulher a ter relações sexuais com outras pessoas, impedir a mulher de se prevenir contra uma gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, ou mesmo forçá-la ao aborto (BRASIL, 2006).

Conforme o Mapa da Violência 2012: Homicídios de Mulheres no Brasil (Cebela/Flacso, 2012*)*, duas em cada três pessoas atendidas no SUS em razão de violência doméstica ou sexual são mulheres; e em 51,6% dos atendimentos foi registrada reincidência no exercício da violência contra a mulher. O SUS atendeu mais de 70 mil mulheres vítimas de violência em 2011 – 71,8% dos casos ocorreram no ambiente doméstico.

Em dados mais recentes, destaca-se o divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), ao qual mostra que o índice de violência doméstica com vítimas femininas é três vezes maior que o registrado com homens. Na pesquisa realizada mostram também que, em 43,1% dos casos, a violência ocorre tipicamente na residência da mulher, e em 36,7% dos casos a agressão se dá em vias públicas (PLATONOW, 2019).

Em Minas Gerais, por exemplo, estima-se que a cada hora 16 mulheres serão vítimas de violência doméstica. Os dados da Polícia Civil mostram que, "somente nos seis primeiros meses de 2019, 405 mulheres foram agredidas por dia no Estado, resultando em 73.457 mulheres vítimas de violência motivada por gênero de janeiro a junho" (BAETA, 2019, p. 01).

Verifica-se, portanto que somente com esses dados a mulher é de fato a maior vítima de violência doméstica, se tornando quase que exclusivamente a vítima única. Em muitos casos essa violência se transforma em homicídio, caracterizando assim, o crime de feminicídio, ao qual será mais bem debatido no tópico seguinte.

4 DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

No tópico anterior foi possível verificar o quanto a violência contra a mulher trouxe desde sempre um marco negativo na sua história. Agressões de toda forma fazem com que mulheres sejam vítimas de crimes diariamente. Em alguns casos, essa violência é estendida chegando a causar a morte. Nesse contexto, emerge para o Direito e para a sociedade o feminicídio, ou seja, a morte de mulheres.

Importante frisar, que esse instituto, como a seguir será expresso, se designa ao homicídio causado em razão de gênero. Ou seja, o que motivou o agente a cometer tal crime é exclusivamente a sua aversão ao gênero oposto.

O termo feminicídio (do inglês *femicid*e) surgiu por meio da socióloga sul-africana Diana Russell no ano de 1976 durante um evento ocorrido no chamado Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, na Bélgica. O termo só seria usado em definitivo apenas na década de 90 pelas autoras Caputi; Russell (1992).

Inicialmente denominado de femicídio, sendo logo substituído pelo termo atual, segundo essas autoras, o feminicídio é entendido como aquele ato de matar as mulheres em razão do ódio, desprezo, prazer ou por um sentimento de propriedade. É uma ação que em muitas situações, representa o ato máximo/final de uma sequência de violência física, moral e verbal, ou de um estupro, assédio ou exploração sexual (SOUZA, 2018).

O Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. De acordo com Galvão (2018, p. 01) “suas motivações mais usuais são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres”.

Num conceito mais amplo e que mostra as raízes para esse crime, cabe citar:

> O assassinato de mulheres é habitual no regime patriarcal, no qual elas estão submetidas ao controle dos homens, quer sejam maridos, familiares ou desconhecidos. As causas destes crimes não se devem a condições patológicas dos ofensores, mas ao desejo de posse das mulheres, em muitas situações culpabilizadas por não cumprirem os papéis de gênero designados pela cultura. As violências contra as mulheres compreendem um amplo leque de agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial que ocorrem em um continuum que pode culminar com a morte por homicídio, fato que tem sido denominado de femicídio ou feminicídio (MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p. 3.079).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com isso, nota-se que essa prática fere diretamente a vida e a dignidade das mulheres, podendo ser realizada pela família, pela comunidade ou também pelo Estado, que pela sua ausência no combate a essa violência gera a sensação de impunidade e indiferença, fazendo aumentar ainda mais os números de casos (GEBRIM; BORGES, 2014).

Opina Souza (2018, p. 02) que esse crime é "uma das formas mais extremas de violência provocadas pela desigualdade de gêneros, exercida pelos homens contra mulheres, a fim de conseguir poder, controle e dominação".

Sagot; Cabañas (2010, apud MENEGHEL; PORTELLA, 2017, p. 3077) explicam que existem três maneiras de se olhar o feminicídio: a primeira é pelo viés íntimo, onde acontece nas relações amorosas aos quais os parceiros possuem relações íntimas; a segunda pela visão não íntima que envolve ataque contra as vítimas; e por fim, o chamado posicionamento na linha de fogo, onde a mulher ao interferir para evitar a violência morre durante a tentativa.

Caputi; Russell (1992 apud SOUZA, 2017, p. 02) acentuam que o feminicídio é antecedido com em alguns casos pela mutilação ou por estupro, somado a uma escalada de agressões físicas e verbais que acaba resultando na morte da mulher. Essas ações anteriores, ao qual também deve ser analisado nesse crime, mostra o qual enraizado na comunidade a visão masculina e machista do homem sobre a mulher.

Tão grave e crescente o número de casos, que vários países da América Latina, a partir de 2006, começaram a tipificar essa ação como crime de feminicídio. No Brasil, isso só começou a ocorrer em 2015.

O primeiro movimento em relação ao tema em terras brasileiras se deu em decorrência dos resultados encontrados da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Violência contra a Mulher em 2012, que mostrou o quadro alarmante de morte de mulheres em decorrência de gênero. Com base nisso, a comissão propôs o Projeto de Lei 292/2013, do Senado Federal, onde altera o Código Penal ao inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (BRASIL, 2013).

A Lei nº 13.104/2015 (a Lei do Feminicídio) modificou o art. 121 do Código Penal Brasileiro, no qual acrescentou no § 2º, inciso VI, dispositivos que dão maior proteção a mulher contra seus agressores, além do aumento da punição.

É importante lembrar que, ao incluir no Código Penal o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, o feminicídio foi adicionado ao rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990), tal qual o

estupro, genocídio e latrocínio, entre outros. A pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos.

Sobre a importância dessa norma, destaca-se:

> A tipificação em si não é uma medida de prevenção. Ela tem por objetivo nominar uma conduta existente que não é conhecida por este nome, ou seja, tirar da conceituação genérica do homicídio um tipo específico cometido contra as mulheres com forte conteúdo de gênero. A intenção é tirar esse crime da invisibilidade (CAMPOS, 2016 apud GALVÃO, 2018, p. 05).

No novo texto, tem-se:

> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:
>
> § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I - violência doméstica e familiar;
>
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.
>
> **Aumento de pena**
>
> § 7ºA pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
>
> I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
>
> II - contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
>
> III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima." (NR)
>
> Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:
>
> "Art. 1º .....
>
> I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(BRASIL, 2015)

Como bem enfatiza os incisos do § 2º-A, para caracterizar o feminicídio é preciso que haja duas condicionantes: quando há violência doméstica e familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Na primeira, Alencar (2018) explica que quando o homicídio for resultado de uma violência praticada dentro do domicílio exercido pelo cônjuge ou qualquer outro membro familiar da vítima, o agravante feminicídio pode ser atribuído ao caso.

No segundo requisito é preciso que seja motivado por ódio pela mulher e a tudo que remete à feminilidade. Não se fala somente em ser praticado pela simples condição feminina; no feminicídio é fundamental que o homicida sinta total desprezo pela mulher, por entender que ela é inferior a ti (ALENCAR, 2018).

Também necessário informar, que não se enquadra no crime de feminicídio o homicídio culposo (não possui intenção de matar) e o latrocínio (roubo seguido de morte), por serem crimes praticados alheio ao ódio do homicida sobre a mulher (ALENCAR, 2018).

Na praxe forense um aspecto sumamente relevante será o do possível abuso acusatório (excesso na acusação), que ocorre quando se força (sem a devida comprovação, com indícios sérios) uma classificação de crime hediondo. Nem todo femicídio (morte de uma mulher) é um feminicídio (morte de uma mulher por razões de gênero). Essa confusão poderá ocorrer e para isso devem estar atentos a defesa e o juiz. Compete à defesa, de plano, refutar (já na defesa preliminar) o excesso acusatório (BIANCHINI; GOMES, 2016).

A comprovação de uma violência de gênero exige prova inequívoca. Havendo dúvida, *in dubio pro reo*. A motivação do delito constitui o eixo da violência de gênero. Uma vez comprovada essa circunstância, não se pode mais invocar o motivo torpe: uma mesma circunstância não pode ensejar duas valorações jurídicas (está proibido o *bis in idem*). (BIANCHINI; GOMES, 2016).

Nesse sentido, importante mostrar o seguinte julgado:

> RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. **FEMINICÍDIO**. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA GESTANTE. PROVOCAÇÃO DE ABORTO. **BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA**. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO. 1. Caso que o Tribunal de origem **afastou da pronúncia o crime de provocação ao aborto (art. 125 do CP) ao entendimento de que a admissibilidade simultânea da majorante do feminicídio perpetrado durante**

> **a gestação da vítima (art. 121, § 7º, I, do CP) acarretaria indevido bis in idem**. 2. A jurisprudência desta Corte vem sufragando o entendimento de que, enquanto o art. 125 do CP tutela o feto enquanto bem jurídico, o crime de homicídio praticado contra gestante, agravado pelo art. 61, II, h, do Código Penal protege a pessoa em maior grau de vulnerabilidade, raciocínio aplicável ao caso dos autos, em que se imputou ao acusado o art. 121, § 7º, I, do CP, tendo em vista a identidade de bens jurídicos protegidos pela agravante genérica e pela qualificadora em referência. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1860829 RJ 2020/0028195-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2020) (grifo meu)

Ao juiz compete (quando não há prova nem sequer indiciária da violência de gênero) rejeitar a denúncia parcialmente, recebendo-a definitivamente com os expurgos necessários, por falta absoluta de justa causa. A qualificadora do feminicídio tem que ter justa causa específica (provas mínimas sobre esse ponto). Sem isso, rejeita-se parcialmente a denúncia (BIANCHINI; GOMES, 2016).

A respeito da qualificadora do feminicídio, há os que apontam que seja objetiva, enquanto outros afirmam ser subjetiva. A jurisprudência tem entendido se tratar de crime objetivo; a saber:

> RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. MOTIVO TORPE. **FEMINICÍDIO**. PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZAS DISTINTAS DAS ADJETIVADORAS. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. FEMINICÍDIO. **NATUREZA OBJETIVA. AFASTAMENTO MEDIANTE ANÁLISE SUBJETIVA DA MOTIVAÇÃO DOS CRIMES**. INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que a instância de origem decidiu pela inviabilidade da manutenção das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, sob pena de afronta ao princípio do *non bis in idem* quanto a um dos fatos, e, relativamente a outros dois fatos, afastou a adjetivadora do feminicídio, analisando aspectos subjetivos da motivação do crime. 2. **Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. 3. É inviável o**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> **afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino**. 4. A exclusão das qualificadoras na fase de pronúncia somente é possível quando manifestamente improcedentes, pois a decisão acerca de sua caracterização deve ficar a cargo do Conselho de Sentença. 5. Recurso provido. (STJ - REsp: 1739704 RS 2018/0108236-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 18/09/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2018) (grifo meu)

No entanto, quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio (posição de Rogério Sanches, que compartilhamos). Nesse sentido:

> É impossível pensar num feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Uma mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado lhe mata. E mata por uma motivação aberrante de achar que a mulher é de sua posse, que a mulher é objeto, que a mulher não pode contrariar as vontades do homem. Nessa motivação há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino (PORFÍRIO, 2020, p. 02).

De todo modo, a violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva. Passado essas informações jurídicas acerca do crime, é necessário apresentar os efeitos que essa ação possui na sociedade e no Poder Judiciário. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS DO FEMINICÍDIO

No decorrer desse trabalho ficou nítido observar o quanto o feminicídio está enraizado na cultura segregadora e violenta do homem sobre a mulher. O que no decorrer da história da humanidade a mulher sempre tivera papel de coadjuvante, nas últimas décadas elas estão sendo mortas em razão do ódio masculino pelo seu próprio gênero.

Ainda que a legislação brasileira tenha demorado a ser promulgada, a lei em si acabou por não ser totalmente efetiva, uma vez que as mulheres ainda continuam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sendo mortas diariamente no Brasil. As razões para esse fato ainda não é definitivo, mas é possível elencar alguns.

O primeiro aspecto a ser analisado é o mencionado por Souza (2018) ao apontar que os feminicídios, estupros e agressões em geral são ignorados ou recebem uma cobertura sensacionalista da mídia, dependendo da raça, da classe social e da aparência física das vítimas, segundo os padrões masculinos.

Para essa autora, "a polícia, a mídia e o público respondem aos crimes contra mulheres de cor, mulheres pobres, lésbicas, prostitutas e usuárias de drogas de maneira abismal, com profunda apatia atada a estereótipos pejorativos e normalmente culpando a vítima" (SOUZA, 2018, p. 04).

Corroborando com essa questão, Bond (2019) aduz que a cobertura midiática brasileira de casos de feminicídio e violência sexual carece de aprimoramento. Para comprovar essa afirmativa, o Instituto Patrícia Galvão, emitiu o relatório *Imprensa e Direitos das Mulheres: Papel Social e Desafios da Cobertura sobre Feminicídio e Violência Sexual*, onde mostrou que, na maioria das vezes em que os crimes são noticiados, os veículos de comunicação não humanizam as vítimas, tampouco colaboram para que a sociedade compreenda mais sobre as políticas públicas de enfrentamento à violência contra mulheres e sobre como o ciclo de violência pode ser rompido.[184]

Outro ponto a ser observado é que nem sempre pode se imaginar o feminicídio como um ato único, visível, particularmente afeto a uma violência de momento. O que ocorre antes e durante o crime deve ser levado em conta, o que na prática não é feito, nem pelos operadores do Direito e nem pela própria legislação; a saber:

> O feminicídio é o término, o fim extremo de um continuum de terror contra as mulheres que inclui uma vasta gama de ações, que vão muito além de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravidão sexual (particularmente a prostituição), incesto e abuso sexual na infância, agressões físicas e emocionais, assédio sexual (no telefone, nas ruas, no escritório em salas de aula), mutilações genitais (clitoridectomia, excisão, infibulação), operações ginecológicas desnecessárias (histerectomia gratuita), heterossexualidade forçada, esterilização contra a vontade, maternidade forçada pela criminalização do aborto e da contracepção, psicocirurgia,

184 Disponível em: <https://assetsinstitucionalipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2019/12/IPG_RelatorioMonitoramentoCoberturaFeminicidioViolenciaSexual2019.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

> negação de alimentos a mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome da estética. Quando essas formas de terrorismo terminam em morte, tem-se o feminicídio (GEBRIM; BORGES, 2014, p. 62).

Desse modo, ao se analisar o crime de feminicídio é preciso que se tenha um olhar mais amplo para a sua ocorrência, e não apenas o ato em si. Essa questão é ainda mais importante quando se observa os efeitos que o feminicídio causa tanto dos criminosos quanto na sociedade.

O crime de feminicídio pode-se dizer é um crime de natureza social. Isso porque a sua ocorrência vem em decorrência pelo fato de há dentro de suas razões motivacionais o ódio e desprezo pela mulher, o que é uma característica perpetuada ao longo da história da humanidade.

Nesse sentido, embasando a concepção acima, Souza (2018, p. 02) afirma que "a violência contra a mulher por razões de gêneros é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal".

A supracitada autora ainda acrescenta que a imagem que se tem da mulher é influenciada por várias camadas da sociedade, como por exemplo, no âmbito público no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos). Isso acaba por perpetrar uma ideia de poder, "baseada em padrões de dominação, controle e opressão que leva à discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra" (SOUZA, 2018, p. 05).

Por outro lado, há os que entendem que o feminicida é por si só um criminoso natural. Nessa visão, Meneghel; Portella (2017, p. 3.079) entendem que "o assassinato de mulheres por seus maridos, pais, amantes, conhecidos e estranhos não podem ser produtos de um inexplicável desvio de comportamento". Para esses autores, todos aqueles que matam mulheres em razão de gênero são terroristas sexistas, que possuem caráter opressor em relação às mulheres.

De todo modo, partindo desse pressuposto, pode-se sugerir que uma das principais medidas de prevenção para a ocorrência da prática desse crime seja justamente uma conscientização da figura da mulher e do seu papel na sociedade.

Nesse contexto, as políticas públicas devem estar voltadas não apenas para penalizar o autor do feminicídio, mas também criar medidas concretas de informação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e conscientização para a população em geral, sobre a importância em se retirar estereótipos de um *status quo* masculino de gênero.

Uma ação importante que pode ser citada como exemplo é chamados ciclos restaurativos. Denominados também de grupos reflexivos, o objetivo é fazer com que os agressores (em sua grande maioria compostas por homens/companheiros) reflitam não somente sobre seu comportamento agressivo, mas também sobre as consequências negativas existentes na aprendizagem dos papeis de gênero, ou seja, no quanto eles perdem ao terem que reprimir alguns desejos e vontades, além de negarem seus sentimentos mais "frágeis" como a tristeza, saudade, amor, etc. para se enquadrarem dentro do estereótipo de masculinidade criado a partir da cultura da sociedade no qual está inserido. Essas reflexões podem favorecer a mudança em sua forma de se relacionar com as mulheres (VERAS, 2018).

Os grupos reflexivos têm, em geral, papel educativo, reflexivo e preventivo, uma vez que buscam a cessação dos comportamentos violentos perpetrados pelos homens contra as mulheres, tendo como orientação teórica, em grande medida, as perspectivas feministas e de gênero (VERAS, 2018).

O exemplo mostrado acima é apenas um indicador do quanto é importante que se tenha um respaldo além da penalização do feminicida, para que mais crimes dessa natureza sejam feitos. O feminicídio atinge a toda a sociedade e ao Poder Judiciário, porque é um problema sistêmico, que abrange uma gama de fatores e indivíduos.

Não são somente as mulheres que são vítimas do crime em estudo, mas também as suas famílias, a comunidade ao qual pertence e também a uma sociedade, que a cada episódio desse crime se mostra mais doente e falida. Desta feita, finaliza-se essa pesquisa enfatizando que para além da legislação direcionada na criminalização desse delito, é necessário que haja medidas preventivas de conscientização de atos machistas e de ódio, para que as mulheres possam enfim, ter a liberdade e a vida preservadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura feminina sempre foi representada pela história como um alicerce ao homem. Raramente era vista como protagonista no seio social e jurídico. No Brasil, por muito tempo a mulher era relegada apenas ao papel de suporte ao homem, tendo ao longo da história do país nem o direito ao voto. Já nesses períodos iniciais, além do seu papel coadjuvante, a mulher já era vítima de violência física, ocorrida em muitos casos dentro dos seus lares. Ainda que se tenha evoluído várias questões sobre o papel da mulher e sua representatividade na sociedade, ela ainda é vítima de todo tipo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

violência e em casos mais graves é morta. Nesse último ponto, estar-se falando do feminicídio.

O feminicídio é hoje considerado no crime no Brasil (Lei nº 13.104/2015). Desse modo, a escolha inicial para discutir sobre o feminicídio se deu devido ao fato de que as mulheres ainda continuam morrendo diariamente no Brasil, em decorrência do seu gênero. São tantas violências contra as mulheres (algumas resultando em morte) que a discussão sobre o feminicídio se torna necessário

É importante que se analise a questão do feminicídio, principalmente pelo fato de que as questões de gênero ainda não foram resolvidas. Há ainda muito preconceito contra a figura da mulher e o que ela representa nos dias de hoje. Por conta disso, observar as causas que levam a essa distorção do papel da mulher e sua imagem, e os motivos que fazem com que os homens as matem também é necessário analisar.

Dessa forma, como demonstrado no decorrer desse estudo, é importante que se analise não somente o texto restrito da norma, mas também observar esse delito com o olhar social, político e psicológico. Ao abordar esses viés, pode-se encontrar ações que permitam que a prática do feminicídio possa ser evitada.

Uma vez que a entrada em vigor da presente lei não tenha ainda sido capaz de diminuir os inúmeros casos de feminicídio ocorridos diariamente, é mais do que urgente que as políticas públicas de educação, de conscientização (como os citados ciclos reflexivos) sejam implantadas nas comarcas brasileiras. Tão importante quanto estudar os preceitos dos artigos penais sobre a matéria, é conscientizar os homens e demais membros da sociedade o quão nocivo pode ser o entendimento sobre a subjugação da imagem da mulher e seu papel numa sociedade ainda machista e cruel.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Claudia. **Feminicídio**. 2018. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/feminicidio.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BAETA, Juliana. **Pelo menos 16 mulheres são vítimas de violência doméstica por hora em Minas; 64 morreram este ano**. 2019. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pelomenos16mulheress%C3%A3ov%C3%ADtimasdeviol%C3%AAnciadom%C3%A9sticaporhoraemminas64morreramesteano1.728112>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha demanda mudança cultural das instituições de Segurança e Justiça**. 2014. Disponível em:

<http://www.compromissoeatitude.org.br/lei-maria-da-penha-demanda-mudanca-cultural-das-instituicoes-de-seguranca-e-justica/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13. 104/2015**. 2016. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BOND, Letycia. **Cobertura da mídia sobre feminicídio é inapropriada, mostra relatório**. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-12/cobertura-da-midia-sobre-feminicidio-e-inapropriada-mostra>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei Maria da Penha.** Senadora Lúcia Vânia. Lei Federal nº 11.340, de 07 Ago. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 13.104, de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 14 fev. 2021.

_____. **Secretaria de Políticas para Mulheres**. Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (feminicídios). Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/ publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femenicidios-versao-web.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CAPUTI, J.; RUSSELL, D. E. H. **Femicide: sexist terrorism against women**. In: RADFORD, J.; RUSSELL, D. E. H. (Ed.). Femicide: the politics of woman killing. New York: Twaine Publishers, 1992.

FRANCO, Luiza. **Violência contra a mulher: novos dados mostram que 'não há lugar seguro no Brasil'.** 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503>. Acesso em: 23 fev. 2021.

GALVÃO, Patrícia. **Feminicídio**. 2018. Disponível em: <http://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

GEBRIM, L. M.; BORGES, P. C. C. **Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio?** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014.

MENEGHEL, S. N.; PORTELLA, A. P. **Feminicídios: conceitos, tipos, cenários**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, set. 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. **Questões controversas com relação à Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 111, p. 263-279, jan./dez. 2016.

SOUZA, Suzanny Mara Jobim de. **O feminicídio e a legislação brasileira**. Rev. katálysis, Florianopolis, v. 21, n. 3, p. 534-543, Dec. 2018.

VERAS, Erica Vericia Canuto de Oliveira. **A masculinidade no banco dos réus: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da Lei Maria Da Penha**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Natal, RN, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ABUSO INFANTIL INTRAFAMILIAR: AUMENTO DE CASOS DURANTE A PANDEMIA.

ROBERTS FABIANO DANTAS BESSA: Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo promover reflexões sobre o abuso sexual de crianças e adolescentes por meio de análise comparativa, e expor um caso ocorrido no Espírito Santo na década de 1970 devido à crueldade e impunidade do agressor que até então, tornou-se um marco histórico. Nos casos de violência infantil, parece que devido aos riscos e vulnerabilidades de crianças e jovens, os crimes sexuais continuam a ocorrer de formas cada vez mais chocantes. Percebe-se também que, nas últimas duas décadas, a sociedade nunca se mobilizou para combater o abuso e a exploração sexual de crianças e jovens. O método utilizado nesta pesquisa é a pesquisa bibliográfica. Levando em consideração o aspecto criminal dessa abordagem, a importância do tema permite que aprendam mais sobre o assunto, pois serão realizadas pesquisas literárias contemporâneas envolvendo questões relacionadas ao sistema jurídico.

Palavras - chaves: Caso Araceli, abuso sexual infantil, aumento de casos na pandemia.

ABSTRACT: This article aims to promote reflections on the sexual abuse of children and adolescents and expose a case that occurred in Espírito Santo in the 1970s, which has become a historic landmark due to the cruelty and impunity of the aggressor so far, in the comparative analysis from the situation of child violence cases, it appears that, due to the risks and vulnerabilities of children and young people, sexual crimes continue to occur in an increasing and shocking way. It also appears that at no time in the past has society mobilized itself to combat the abuse and sexual exploitation of children and young people as in the past two decades. The methodology adopted for the present study was bibliographic research. The importance of the theme is made in view of the criminal aspects in such practice, enabling a greater learning on the subject, as a research in contemporary literature will be developed that involves issues related to the legal system.

Keywords: Araceli case, child sexual abuse, increase in cases in the pandemic.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 2.1. Fundamentos histórico do caso Araceli. 2.2. Formas de abuso sexual. 3. PRINCIPAIS PRINCIPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. 3.1. Da proteção integral. 3.2. Da dignidade da pessoa humana. 4. VIOLÊNCIA SEXUAL NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE.

4.1. Estupro de vulnerável de menores de 14 anos. 5. AUMENTO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DURANTE A PANDEMIA. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo mostrar as diversas formas de abuso sexual de crianças e adolescentes no Brasil, assim como a menina Araceli que chocou seus pais, para fazer com que as pessoas prestassem mais atenção aos crimes de abuso sexual de crianças e adolescentes. Como todos sabemos, a violência contra a criança não só prejudica a dignidade sexual, mas também prejudica o plano psicológico / mental, físico e cultural, podendo ser equiparada a homicídio, pois a vítima de abuso terá consequências para o resto da vida.

Portanto, o projeto de pesquisa visa trazer o caso de Araceli, uma criança de 8 anos que foi brutalmente assassinada em maio de 1973. Seu assassinato chocou o Brasil porque o processo de investigação sempre foi cheio de inconsistências e erros estranhos. A polícia, a morte de testemunhas vitais para o esclarecimento do homicídio, a tentativa de suborno, a condenação da destruição de provas e a pressão da família do arguido tornaram o processo mais completo, com mais de 7.000 páginas e impunidade. Acontece que a causa da morte de Araceli veio depois que um projeto de lei foi aprovado em 2000, ou seja, 18 de maio (dia do desaparecimento e sequestro de Araceli) foi decidido para combater os abusos e abusos juvenis, Dia Nacional da Exploração Sexual de Crianças.

Este projeto tem como objetivo mostrar que o combate ao abuso sexual de crianças e adolescentes ainda não é uma batalha ganha, é importante ressaltar que durante a pandemia que destruiu esse habitat, principalmente no Brasil, a incidência de abusos sexuais aumentou muito. Por isso, ainda é preciso colocar esse tema na pauta para não esquecer as crianças que sofrem abusos no dia a dia.

O objetivo deste trabalho é esclarecer a importância de mobilizar a sociedade para o enfrentamento da violência contra crianças e jovens, e rever um caso de crueldade e impunidade que chocou o país. Se estratégias mais eficazes de prevenção e redução são necessárias para todos os tipos de violência, eles devem unir forças e continuar conduzindo pesquisas detalhadas como subsídios para várias agências de solução de problemas e disseminar informações esclarecedoras sobre o assunto.

Posto isto, infelizmente a menina Araceli não foi a última criança ser abusada e morta, muitos casos iguais ao dele ocorreram ao longo dos anos, muitos cercados de impunidade, portanto, é de suma relevância a luta contra a violência e abuso sexual contra as crianças, trazendo em pauta punições mais severas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Ao longo dos anos, crianças e jovens foram maltratados e invadidos por várias instituições e até pelas suas famílias e, em alguns casos, as crianças foram tratadas como mercadoria e vendidas como escravos. Portanto, a sociedade tem a obrigação de proteger esses indivíduos indefesos.

A violência sexual teve origem em civilizações antigas, como Roma, Grécia e Egito. No entanto, nem toda violência sexual era considerada ilegal na época. O estupro era geralmente considerado um fenômeno normal. Normalmente, esses atos de violência ocorriam contra mulheres e faziam parte do contexto social Alfândega. Portanto, a história da violência sexual já existia muito antes de ser entendida como crime.

Segundo Ariés (Ariés, 1981, p. 77), ele destacou que, na Idade Média, era normal que os homens adultos brincassem com as crianças. Não havia restrições aos jogos, ao poder e à vigilância, pois "família com filhos é costume que as crianças participem de jogos sexuais para adultos como parte do hábito da época e isso não viola o bom senso.

Portanto, o assédio sexual sempre existiu no meio social e nas civilizações antigas. No entanto, durante o Império Romano, segundo Bezerra e Clipes (2018, p. 2), "O Imperador Silas (138-78 aC) deu a esta respeitada mulher a oportunidade de mover uma ação contra aqueles que a ofenderam publicamente". Mais tarde, na era cristã, Bezerra e Clipes (2018, p. 2), O Código de Justiniano (553 DC): em seu texto, condena quem acompanha de perto uma mulher contra sua vontade estaria cometeno adsectatio e aquele que gritasse o nome de uma mulher em público estaria particando appellatio.

Segundo Sallin (Sallin, 2014, p. 4), "Em 1991, foi criada no estado da Bahia uma organização não governamental Cedeca (Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente) com a missão de legislar. contra a violência contra crianças e jovens. Atividades voltadas para crianças e adolescentes que violam seus direitos e programas de apoio a jovens ".

Ainda de acordo com o autor, preleciona que:

> Desde 1994, além de enfrentar os homicídios de jovens e a impunidade por esses crimes, o Cedeca / BA, com o apoio do UNICEF, lançou o combate à exploração sexual e comercial, e lançou Um estudo qualitativo denominado "Meninas em El

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Salvador". Iniciou-se o processo de mobilização para o tema, que incluiu oficinas e seminários regionais, e deu origem a uma campanha nacional contra a exploração sexual de crianças e jovens assinada pelo UNICEF, Ministério da Justiça do Estado da Bahia e Polícia Militar. Até a época de 1995, cerca de 30 entidades governamentais e não governamentais baianas já haviam participado desse processo (SALLIN, 2014, p. 4).

Com o envolvimento do governo federal por meio do Ministério da Justiça, o movimento se tornou um movimento de abrangência nacional, recebendo cerca de 3 mil denúncias apenas nos primeiros três anos da Bahia. A primeira reunião do Ecpat foi realizada em El Salvador em 1997. O resultado foram cinco grupos regionais que já cresceram do Brasil para 13 entidades, formando o movimento Ecpat Brasil. Em maio de 1998, o Cedeca / BA foi eleito representante oficial da Ecpat no Brasil (SALLIN, 2014, p. 4).

O projeto do Dia Nacional é resultado de pesquisa da repórter do Cedec / BA Eleonora Ramos, que elaborou a minuta e pediu à deputada Rita Camata que a submetesse ao Bundestag. Em 18 de maio de 2000, as duas casas do Congresso dos Estados Unidos aprovaram uma lei que passou a fazer parte do calendário oficial do país e foi proclamada a Lei Federal 9.970 / 00. Desde então, as organizações que tratam da proteção dos direitos das crianças e dos jovens desenvolvem atividades em todo o país para sensibilizar o público e as autoridades sobre a importância dos crimes relacionados com a violência sexual contra menores.

De fato, em sua história, a sociedade brasileira nunca se mobilizou e se organizou para combater o abuso e a exploração sexual de crianças e jovens. Seu pai denunciou o caso à polícia e deixou o retrato da menina na redação, na esperança de que realmente tivesse sumido. Seis dias depois do desaparecimento da menina, um menino procurava pássaros atrás do hospital infantil da região. Quando sentiu um cheiro desagradável, ele se aproximou e percebeu que era um cadáver em decomposição, a maior parte do qual havia sido engolido por animais. Na verdade, os especialistas precisam "verificar" muitas coisas no solo para encontrar os dentes e outras partes do corpo (SALLIN, 2014, p. 6).

2.1. Fundamentos histórico do caso Araceli

Na sexta-feira, 18 de maio de 1973, mudou a forma de trabalhar de Araceli. Ela não apareceu em casa, papai estava em um velho besouro, procurando por ela em casas de amigos e conhecidos, até chegar ao centro de Vitória, mas não a encontrou.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo o autor Sallin (2014, p. 6), "araceli foi espancada, adulterada, estuprada, estrangulada e" morta em uma farra de sexo e drogas "com base na perícia. No peito, abdômen e ossos púbicos Há marcas de mordidas. Sua mandíbula foi deslocada por uma pancada, e seu rosto e corpo foram deformados pelo ácido. Aconteceu que em agosto de 1977, o juiz Hilton Healy ordenou a prisão de Dante de Brito Michelini e Paulo Constanteen Helal pelo assassinato de Araceli e Dante Barros Michelini foi acusado de sabotar a investigação para libertar o filho. Em outubro do mesmo ano, obtiveram habeas corpus, ao mesmo tempo que o juiz foi "promovido" a juiz. Em 1980, Dantinho e Paulinho foram julgados e condenados, mas a sentença foi anulada e, no novo julgamento de 1991, o réu era inocente (SALLIN, 2014, p. 6).

O crime havia desaparecido, mas o caso de Aracela era uma ferida que nunca foi totalmente curada. Segundo José Luzeiro, autor de Acra Amore, foram mortas 14 pessoas no caso, desde possíveis testemunhas até interessados em explicar o crime. Quando ele próprio investigava os crimes de Vitória para compilar um relatório sobre seu livro, teria sido alvo de "queimar os arquivos". Três anos depois, Araceli foi sepultado no Cemitério nº 1213 do Cemitério Municipal da Serra.

O abuso sexual é considerado um tipo de violência e a impunidade é preocupante. Como já dito anteriormente, na maioria das vezes, é de fácil compreensão que os perpetradores têm significado moral, emocional e econômico para aqueles que os conhecem. Mesmo que um gesto de violência seja relatado, os obstáculos jurídicos e processuais para a coleta de "provas substantivas" do crime sempre desaparecerão.

2.2. Formas de abuso sexual

O uso do poder pela simetria do agressor e do lesado é componente da violência perpetrada pelo agressor, pois o agressor se vale do fato de a sexualidade da criança ser despertada para perpetuar a situação de ocultamento. A criança se sente culpada pelo prazer, e o agressor usa isso para manipular e abusar mais da criança.

O abuso sexual pode se manifestar de várias maneiras, divididas em duas formas. Abuso sexual sem contato físico e abuso sexual com contato físico.

Os abusos sexuais sem contato físico, se dividem da seguinte forma:

> **Abuso sexual verbal:** conversas abertas sobre atividades sexuais destinadas a despertar interesse na criança ou no adolescente ou choca-los:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Telefonemas obscenos: a maioria é feita por adultos, especialmente do sexo masculino, podendo gerar ansiedade na criança, no adolescente e na família.

Exibicionismo: a intenção, neste caso, é chocar a vítima. O exibicionismo é, em parte, motivado por esta reação. A experiência pode ser assustadora para as vítimas.

Voyeurismo: o voyeur obtém sua gratificação através da observação de atos ou órgãos sexuais de outras pessoas, estando normalmente em local onde não seja percebido pelos demais. A experiência pode perturbar e assustar a criança ou o adolescente. A internet é hoje a grande vitrine para o voyeur. (Revista, ampliada. Ed. Autores & Agentes, Abuso sexual: mitos e verdades, 2002, p. 11)

Mediante isso, o abuso sexual se apresenta de várias formas, a primeira delas são os abusos que não contém o contato físico, o agressor apenas inicia "rondando a vítima", enviando mensagens de textos com cunho sexual, iniciando conversas pervertidas, despertando a curiosidade da criança, e logo, inicia os abusos físicos.

Já o abuso sexual com contato físico, são aqueles:

Atos físico-genitais: incluem relações sexuais com penetração vaginal, tentativa de relações sexuais, caricias nos órgãos genitais, masturbação, sexo oral e penetração anal.

Pornografia e prostituição de crianças e adolescentes: são essencialmente casos de exploração sexual visando fins econômicos.

Pornografia: é uma forma de abuso sexual da criança e ou do adolescente cujo objetivo muitas vezes, é a obtenção de lucro financeiro.

Prostituição infantil: é definida como a utilização ou participação de crianças ou adolescentes em atos sexuais com adultos ou outros menores, onde não necessariamente, está presente a força física.

Atentado violento ao pudor: é constranger alguém a praticar de atos libidinosos, sem penetração vaginal, utilizando violência

> ou grave ameaça, sendo que, em crianças e adolescentes de até 14 anos, a violência é presumida, como estupro.
>
> **Incesto:** é qualquer relação de caráter sexual entre adultos e uma criança ou adolescente, entre um adolescente e criança, ou ainda entre adolescentes, quando existe um laço familiar, direto ou não, ou mesmo uma mera relação de responsabilidade.
>
> **Assédio sexual**: caracterizado por propostas de contato sexual, quando é utilizada na maioria das vezes, a posição de poder do agente sobre a vítima, que é chantageada e ameaçada pelo agressor. (Revista, ampliada. Ed. Autores & Agentes, Abuso sexual: mitos e verdades, 2002, p. 12/14)

Logo, os profissionais de saúde assim como pais, devem pestar atenção para identificar as formas de abuso sexual referente as crianças e adolescentes. A criança ou adolescente abusado demonstra comportamento diferenciado, começa a querer ficar sozinho, tem quadro de ansiedade e depressão. A proteção à criança e aos adolescentes são direitos fundamentais promulgados pela Constituição Federal.

3. PRINCIPAIS PRINCIPIOS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Como todos sabemos, muitos são os direitos básicos que garantem a personalidade das crianças e dos jovens, incluindo o respeito e a dignidade, bem como a liberdade, o direito à vida, o direito à saúde, o direito à educação e muitos outros direitos. Os princípios estão relacionados ao direito à proteção e à dignidade das pessoas. O princípio da proteção geral e o princípio da dignidade humana.

3.1. Da proteção integral

O princípio da proteção integral à criança e ao adolescente está baseado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 227, que dispõe:

> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Este artigo da Carta Magna estipula que a família, a sociedade e o país têm a obrigação de garantir os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

especialização e cultura com absoluta prioridade, dignidade, respeito, liberdade e liberdade. A família e a comunidade convivem, além de protegê-los de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (NOGUEIRA, 2014, online).

É descrito em vários artigos do ECA o princípio da proteção integral, o artigo 143 do ECA que dispõe:

> Art. 143 - É vedada a disposição de atos judiciais, policiais e administrativos, que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.
>
> Parágrafo único - Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência ao nome, apelido, filiação, parentesco e residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

O objetivo deste artigo é utilizar o sigilo como ferramenta para proteger crianças e adolescentes por meio da intimidade das crianças e evitar o contato agravado, injusto e prejudicial pelo público.

No que tange sobre o princípio, preleciona Cury, Garrido & Marçura (2002, p. 21) que:

> A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado (...)

A ideia que deu origem a este princípio é que todos os direitos das crianças e dos jovens devem ser protegidos pela sociedade. Dessa forma, o princípio da proteção guarda-chuva em geral orienta a construção de todo o ordenamento jurídico voltado para a proteção dos direitos das crianças e dos jovens.

3.2. Da dignidade da pessoa humana

Desde o nascimento da humanidade, a dignidade da humanidade deriva da humanidade, mas até recentemente, as convenções convenções relacionadas à humanidade foram completamente aceitas. Segundo Plácidoe Silva, ele disse: “Dignidade é uma palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, cuidado). Normalmente, as pessoas entendem suas qualidades morais. O fundamento do caráter moral do país. Respeite-o”. (Ivone Ballao Lemisz (Ivone Ballao Lemisz, 2010), online).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para Sarlet, a dignidade humana "é um valor próprio, natural, inalienável e incondicional" (2008, p. 45). É definido como "o valor absoluto inerente à natureza do ser humano, o único que entende o valor interno superior a qualquer preço, e o valor absoluto que não permite substituição igual" (Pereira, 2008, p. 150). (AZAMBUJA APUD PEREIRA, 2011, p. 57).

A Constituição Federal de 1988 é baseada na República Federativa do Brasil, e portanto um país democrático e legal baseado na dignidade humana. Que tipo de arte é essa. Constituição Federal 1, III:

> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988)

O princípio da dignidade humana a que se refere o conceito democrático é um dos fundamentos da democracia e do Estado de Direito, e tornou-se um elemento de referência para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desta forma, o princípio da dignidade humana se aplica a todos: Eu sou um indivíduo de nascença, obtive automaticamente este direito fundamental, portanto as crianças e os jovens devem gozar da dignidade de todas as pessoas.

Os pais têm a responsabilidade de defender todos os direitos das crianças e dos jovens e tratá-los com dignidade. No entanto, como vimos, a cultura do estupro e da pedofilia veio de muitas pessoas antes de ser proibida no mundo. Nos tempos antigos, a violência contra as crianças era normal. Embora seja proibida hoje, ainda existem pacientes Insistem em machucar os outros. essas crianças, a violência sexual incesto é uma delas.

4. VIOLÊNCIA SEXUAL NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Uma das principais formas de violência contra as crianças é, obviamente, a violência sexual, mas muitas vezes ocorre na casa onde a criança vive e deve ser executada por alguém que deve protegê-la. Portanto, não existe um tipo específico de grupo onde ocorre a violência sexual, pois a violência sexual pode ocorrer nas mais diversas classes sociais de todos os países, diferentes culturas e diferentes culturas (inúmeras formas) (Ivone Ballao Lemisz, 2010)

Sendo assim, Maria Regina Fay de Azambuja (Ivone Ballao Lemisz, 2010) afirma que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A violência sexual praticada contra a criança "ainda é um fenômeno social grave que atinge todas as idades, classes sociais, etnias, religiões, culturas e limitações individuais". Acontece em um ambiente relacional favorável, às expensas da confiança que a vítima deposita no abusador, que se aproveitando da ingenuidade da criança e do adolescente, "pratica a violência de forma repetitiva, insidiosa, fazendo crer que ela, a vítima, é culpada por ser abusada" (AZAMBUJA, 2011, p. 97)

Na maioria dos casos, a violência sexual acontecerá com a criança porque ela é mais vulnerável e fraca, porque ela não sabe o que está acontecendo, então ela é fácil de ser presa do agressor. Às vezes, os autores da violência são homens, como ensinou Ivone Ballao:

> A maioria dos relatos de violência sexual contra crianças e adolescentes têm na figura do autor pessoa do sexo masculino, mas existem casos onde o abusador é do sexo feminino. Em quase que a totalidade dos casos de violência sexual no âmbito familiar a mãe da vítima, infante ou adolescente, tem pleno conhecimento da situação de violência sexual à que o filho é submetido, entretanto, silencia e acaba por se tornar conivente com a situação, quase sempre por temor ou porque é o agressor quem sustenta o lar. Isto posto, vemos que a criança ou adolescente não tem à quem pedir ajuda, já que quem deveria ajudar ou pôr fim à violência permanece inerte diante da situação (LEMISZ, 2010).

Desta forma, a violência intrafamiliar ocorre e, é, um mal a ser combatido, pois, traz consequências irreversíveis a criança e ao adolescente.

4.1. Estupro de vulnerável de menores de 14 anos

Este projeto tratará de atos criminosos contra menores de 14 anos, especialmente estupro de pessoas vulneráveis, lei que foi alterada em virtude da nova legislação de 2009 nº 12015.

> Art. 217-A ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
>
> pena – reclusão, de 8(oito) a 15(quinze) anos.
>
> § 1.º incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
>
> § 2.º (vetado.)
>
> § 3.º se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: pena – reclusão, de 10(dez) a 20 (vinte) anos.
>
> § 4.º se da conduta resulta morte: pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos [185]

No artigo 217-A da Lei nº 12.015 / 2009, foi inserido o qualificativo para atos sexuais contra menores de 14 anos, que à primeira vista viu o aumento da pena para o estuprado. O segundo capítulo do título, sobre crimes contra a dignidade sexual, trata dos atos contra grupos vulneráveis. Este conceito não existia antes da Lei nº 12.0 15/09, mas o artigo 224 do Código Penal estipula "violência presumida" ("Se a vítima: (a) não tiver mais de quatorze anos, considera-se violência" ; (b) alienado ou mentalmente fraco, e o agente conhece a situação; (c) incapaz de oferecer resistência por qualquer outro motivo "). Portanto, quando você faz sexo com uma das pessoas listadas neste dispositivo, sem usar violência "real" (efetiva) ou ameaças graves de cometer o ato sexual, o ato é considerado violento, mesmo que seja causado por um romance O quadro típico para as relações sexuais no artigo 213 ou 214 da Lei Penal. Portanto, não há classificação autônoma dos crimes contra grupos vulneráveis.Com a reforma dos crimes sexuais, a abolição do artigo 224 da Lei Penal também foi alterada. Hoje, os artigos 217-A a 218-B do Código Penal tratam desses crimes.

Gilaberte (2014) destacou que as mudanças no texto atual do Código Penal para crimes sexuais têm protegido certos grupos de pessoas, inclusive essas pessoas.

> O termo vulnerável é originado do latim *vulnerabile*, tem seu significado como sendo a pessoa que poderá ser ofendida por motivo de maior fragilidade se for comparada a pessoas mais idosas. A legislação conceitua vulnerável como sendo o "menor de catorze anos" ou ainda a pessoa com deficiência mental ou alguma enfermidade grave que a impeça de sugestionar algo sobre a prática de relação sexual ou ato libidinoso, ou mais, por motivo de qualquer outro impedimento de discernir o ato, não possa oferecer resistência contra o sujeito ativo.[3]

---

[185]BRASIL, Lei nº 12.015/2009. **Nova Lei de Crimes Sexuais**. 2015.

Bitencourt (2012) define o conceito do termo "vulnerabilidade", ou seja, como existem muitos fatores relacionados à vulnerabilidade, diferentes situações requerem diferentes interpretações.

> O legislador pátrio trata a vulnerabilidade fazendo referências a "pessoas absolutamente inimputáveis", como, o menor de 14 anos; pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tem noção para entendimento do ato como correto ou incorreto; ou ainda uma pessoa que não possa oferecer resistência por motivos alheios a sua vontade[186].

Bitencourt (2012) faz referências ao legislador quando o mesmo optou por descrever os tipos de vulnerabilidade que existem no ordenamento jurídico nacional.

> O Capítulo II, antes denominado "Da Sedução e da Corrupção de Menores", foi praticamente todo revogado pela Lei n. 11.106/2005, restando apenas o crime de corrupção de menores (art. 218). Os demais crimes já haviam sido retirados do CP: sedução (art. 217), rapto violento ou mediante fraude (art. 219) e rapto consensual (art. 220). Recentemente, por meio da Lei n. 12.015/2009, que alterou o nome do capítulo, também foram inseridos os arts. 217-A, 218-A e 218-B, além da alteração promovida no art. 218[187].

Martinelli (2013) apontou que os crimes relativos a menores sofreram alterações, a Lei nº 12.015, de 2009, modificou e inseriu, e também alterou os nomes dos capítulos relacionados aos temas acima.

O sujeito ativo do estupro de um crime vulnerável pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, enfim, independentemente de fazer sexo ou não. Por outro lado, sujeito passivo também se refere a qualquer pessoa, mas a condição é que as características das condições de vulnerabilidade estipuladas no ordenamento jurídico brasileiro sejam: menor de 14 anos, doença mental ou deficiência. Porque, em todo caso, por ter sido estuprado por um homem, ele também se tornou um "objeto passivo de estupro", que é semelhante ao antigo "em crime indecente". Desta forma, o crime

[186]Idem.

[187]MARTINELLI, João Paulo O. Dos crimes contra vulnerável. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código Penal interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 318.

de estupro contra grupos vulneráveis pode ser responsabilizado entre dois homens ou duas mulheres.

Bitencourt (2012) revela as características que incluem a palavra vulnerabilidade, dependendo das circunstâncias em que ocorre o crime, o crime de estupro configura-se como de grande relevância no campo penal. A vulnerabilidade das vítimas envolvidas justifica os novos números. Os legisladores acreditam que as crianças com menos de 14 anos não são maduras o suficiente para distinguir suas escolhas, especialmente quando se trata de sexo. O consentimento das vítimas menores de 14 anos é inválido. Portanto, o agente deve ser punido aproveitando-se de suas condições precárias. Preste atenção ao tipo de arte. 217-A Mesmo que a contenção não seja usada, ela só pode ser estabelecida por meio de vínculos físicos ou outros comportamentos sexuais. No entanto, os crimes também podem ser cometidos por meio de violência ou ameaças graves, e o juiz deve usar um intervalo de pena de 8 a 15 anos dentro da faixa de dose da pena.

Ressalte-se que os legisladores têm consciência e arbítrio e inseriram claramente as disposições sobre estupro cometido contra menores de 14 anos no artigo 217-A da lei que entrou em vigor em 2009.

5. AUMENTO DO ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR DURANTE A PANDEMIA

Excerto da Agência Brasil (2020, online) "Relatório de uma ONG-ONG Word Vision estima que até 85 milhões de crianças e adolescentes entre 2 e 17 anos podem se juntar às vítimas de violência física, emocional e sexual. futuro. Nos últimos anos. A terra inteira tem três meses. " Ainda de acordo com o portal, "este valor representa 20% a 32% da taxa média de crescimento anual oficial" (AGÊNCIABRASIL, 2020).

Os fatos comprovam que, embora o isolamento em casa seja uma medida de controle que pode conter o desenvolvimento de um novo vírus denominado coronavírus, esse procedimento tem desencadeado um aumento nos casos de violência doméstica. Pois embora a casa geralmente seja um "lar", um grande número de pessoas ainda sofre por causa do ambiente inseguro, pois muitos familiares precisam dividir o espaço com o agressor.

O grande aumento do número se deve ao fato de que escolas, centros comunitários e outros locais não podem proteger as vítimas em situação de violência, especialmente crianças que não conseguem escapar. Segundo a Organização Brasileira de Desenvolvimento Social Internacional (Agência Brasil, 2020), "o relatório mostra um aumento alarmante do abuso infantil com base em medidas de distanciamento social", disse Andrew Morley, presidente do Conselho Internacional de Administração da Visão Mundial. Ainda de acordo com o portal, "No Brasil, o número de denúncias de violência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

doméstica deve aumentar em 18%. Esse aumento deve chegar a 75% no Chile, 50% no Líbano e 21,5% nos Estados Unidos". Portanto, no Brasil, essas reclamações são preocupantes porque o número de reclamações só aumenta.

Segundo a UNICEF algumas medidas estão sendo adotadas, e solicitações expedidas:

> O UNICEF está pedindo aos governos que garantam a segurança e o bem-estar das crianças em meio à intensificação das consequências socioeconômicas da doença. A agência da ONU dedicada às crianças, juntamente com seus parceiros da Aliança para a Proteção da Criança em Ação Humanitária, divulgou um conjunto de orientações para apoiar as autoridades e organizações envolvidas na resposta (UNICEF, 2020).

Além do mais, medidas devem ser adotadas para coibir este tipo de pratica durante o estado tão crítico que está sendo vivido. Conforme a UNICEF:

A Aliança recomenda que o governo e as autoridades de proteção tomem medidas concretas para garantir que a proteção infantil seja parte integrante de todas as medidas de prevenção e controle da Covid-19, incluindo:

> Treinar a equipe de saúde, educação e serviços para crianças sobre os riscos à proteção infantil relacionados à Covid-19, inclusive sobre prevenção de exploração e abuso sexual e como relatar preocupações com segurança;
>
> Treinar os socorristas sobre como gerenciar a divulgação de violência baseada no gênero (GBV Pocket Guide – Guia de Bolso sobre Violência Baseada em Gênero – disponível somente em inglês) e colaborar com os serviços de saúde para apoiar sobreviventes desse tipo de violência;
>
> Aumentar o compartilhamento de informações sobre serviços de referência e outros serviços de apoio disponíveis para crianças;
>
> Engajar meninas e meninos, principalmente adolescentes, na avaliação de como a Covid-19 os afeta de maneira diferente para instruir programas e advocacy;
>
> Fornecer apoio direcionado a centros de cuidados provisórios e famílias, incluindo famílias chefiadas por crianças/adolescentes e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> famílias substitutas, para apoiar emocionalmente meninas e meninos e engajá-los no autocuidado apropriado;
>
> Prestar assistência financeira e material às famílias cujas oportunidades de geração de renda foram afetadas;
>
> Implementar medidas concretas para impedir a separação da criança de sua família e garantir apoio a crianças deixadas sozinhas sem os cuidados adequados devido à hospitalização ou morte de um dos pais ou cuidador; e
>
> Garantir que a proteção de todas as crianças seja levada em consideração nas medidas de controle de doenças (UNICEF, 2020).

Portanto, é necessário que o Estado formule políticas públicas que aumentem o número de profissionais especializados na temática, prepare-os para a ação e conscientize-os para a denúncia de casos de maus-tratos infantis, podendo a autoridade competente afastar as vítimas assim que possível. O atacante foi evacuado.

CONCLUSÃO

Este estudo tem como objetivo analisar casos históricos de violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, a relação entre sua classificação e a legislação e a situação atual do problema. Leis adequadas e claras que proíbem o abuso sexual, bem como campanhas educacionais, fortaleceram o estrito cumprimento da lei e a punição exemplar dos infratores, o que pode quebrar a impunidade generalizada neste campo. Existem muitas dificuldades inerentes ao processo de informar o abuso de autoridade e ao funcionamento do sistema de proteção de direitos. Porém, vale lembrar que, nessa batalha, a aplicação da lei está longe de ser suficiente. É preciso educar a população. A educação é sempre a melhor medida preventiva.

Também trata da violência sexual contra crianças e adolescentes por causa de sua história, como ao longo do tempo, como as crianças mais pobres são obedecidas por aquelas com mais recursos, e como essa mudança mudou ao longo do tempo, e como as crianças são protegidas pelo Estado. também viram o conceito de violência sexual contra crianças e adolescentes, e a diferença entre violência dentro e fora da família. Além disso, são analisados os princípios inerentes à proteção de crianças e jovens e da dignidade humana.

Como o número de casos de crianças e adolescentes ameaçados de violência continua a aumentar e é chocante, o trabalho atual pode usar essas informações para dar uma contribuição significativa para as atitudes de crianças e adolescentes que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

reconhecem que podem estar em risco, incitando denúncias e divulgando eles. Essas informações podem ser utilizadas para projetar cuidadosamente novos trabalhos, e até mesmo prevenir programas de informação sobre abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes, a fim de trazer benefícios de longo prazo para a sociedade, mudar vulnerabilidades anteriores e proporcionar um ambiente seguro e confiável para o desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **A história social da infância e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: Acesso em: 17/08/2020;

ALBUQUERQUE, Catarina. **Direitos Humanos - Órgãos das Nações Unidas de Controlo da Aplicação dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos: Os Direitos da Criança: as Nações Unidas, a Convenção e o Comité**. Disponível em: Acesso em 17/8/2020;

AMENDOLA, Marcia Ferreira. **Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual.** Curitiba: Juruá Editora, 2009;

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?.** Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2011.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **CASOS ARACELI E ANA LÍDIA: UMA REFLEXÃO SOBRE O ABUSO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENORES NO BRASIL**, 2014. Revista, artigo e monografia. Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

BRASIL. **Constituição da República federativa (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei NO12.015/2009. **Nova Lei de Crimes Sexuais**. 2015.

Brasil, República Federativa do Brasil. **Estatuto da Criança e do Adolescente. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).** Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Ed.Reformulada.

GILABERTE, Bruno. **Direito penal: crimes contra a dignidade sexual**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 60. Idem.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas.** São Paulo: Cortez, 1984.

MARTINELLI, João Paulo **O. Dos crimes contra vulnerável. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 318.

SALLIN, Franciele Brito. 18 de Maio: o **Caso Araceli - O Início do Combate ao Abuso Sexual Infantil.** Psicologado, [S.l.]. (2014). Disponível em https://psicologado.com.br/atuacao/politicas-publicas/18-de-maio-o-caso-araceli-o-inicio-do-combate-ao-abuso-sexual-infantil . Acesso em 1 Out 2020.

Pandemia eleva risco de abuso a crianças e adolescentes. DISPONIVEL EM: https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/abusosexual/2020/05/22/NWS,141372,70,849,NOTICIAS,2190-PANDEMIA-ELEVA-RISCO-ABUSO-CRIANCAS ADOLESCENTES.aspx. Acesso em: 07/09/2020.

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE SOBRE A INCIDÊNCIA OU NÃO DE IPTU SOBRE IMÓVEL INSERIDO EM ESTAÇÃO ECOLÓGICA

KAMILA MIRANDA SENA: Advogada. Ex-Técnico do MPE/RN. Ex-Assessor Jurídico do MPE/RN. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Tributário e Planejamento Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo analisar a legitimidade jurídica da incidência ou não do IPTU sobre imóvel particular inserido em Estação Ecológica. Para tanto, será feito um estudo inicial acerca da regra matriz de incidência do IPTU. Em seguida, serão traçadas breves considerações sobre Estação Ecológica, Unidade de Conservação de Proteção Integral. Por fim, após detida análise da doutrina, legislação e jurisprudência pátrias, serão apresentadas as conclusões sobre a incidência ou não incidência do IPTU Estação Ecológica.

PALAVRAS-CHAVE: Estação Ecológica. Limitação administrativa. Esvaziamento do direito de propriedade. IPTU.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the legal legitimacy of the incidence or not of the IPTU on a private property inserted in an Ecological Station. For this purpose, an initial study of the IPTU incidence matrix rule will be made. Then, brief considerations about the Ecological Station, Integral Protection Conservation Unit will be outlined. Finally, after the analysis of the doctrine, legislation and jurisprudence of the country was held, supported as protected against the incidence or non-incidence of the IPTU Estação Ecológica.

KEYWORDS: Ecological Station. Administrative limitation. Emptying the right of property. IPTU.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DESEVENVOLVIMENTO; 2.1 Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana; 2.2 Da criação de Estação Ecológica em propriedade particular; 2.3 Da não incidência do IPTU no caso de inserção de imóvel privado em Estação Ecológica 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho científico em tela tem por finalidade a discussão acerca a incidência ou não do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Urbana (IPTU) sobre imóveis particulares inseridos por ato estatal em Estação Ecológica.

Desta feita, inicialmente, o presente artigo discorrerá, de forma pormenorizada, sobre a regra matriz de incidência do aludido imposto municipal sobre a propriedade predial e territorial urbana.

Nesta perspectiva, serão tecidas considerações sobre a o regramento constitucional e legal que rege a matéria. Analisar-se-á, ainda, entendimento sumulado do C. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em debate.

Em seguida, será feita uma abordagem de cunho teórico e legal sobre a Estação Ecológica, a qual trata-se de Unidade de Conservação de Proteção Integral.

Será demonstrado, em consequência, que o regime legal da Estação Ecológica importa em verdadeira limitação administrativa ao direito de propriedade do particular, restringindo, assim, os direitos do proprietário sobre o bem.

Para enfrentar as questões propostas e, por conseguinte, alcançar o desiderato científico, se buscará referências legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, ao final da leitura do presente trabalho, será possível identificar se incidirá ou não IPTU sobre o imóvel de propriedade particular que se encontre inserido Estação Ecológica, haja vista o esvaziamento do direito propriedade.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

O imposto sobre propriedade territorial e urbana (IPTU) é tributo de competência dos Municípios e está previsto no art. 156, inciso I, da Constituição Federal, *in verbis*:

> CF, Art. 156: Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
>
> I – propriedade predial e territorial urbana;

Segundo Alexandre (2017, 741): "O IPTU, por sua vez, possui característica predominantemente fiscal, sendo importante fonte de arrecadação municipal, sem prejuízo da sua excepcional utilização extrafiscal, prevista no art. 182, § 4.º, II, da CF/1988."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em consonância com as diretrizes constitucionais, o art. 32 do Código Tributário Nacional (CTN) estabeleceu o aspecto material do IPTU como o exercício da "propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.".

Portanto, a hipótese de incidência do IPTU é a disponibilidade econômica da propriedade, do domínio útil ou da posse (art. 32, do CTN). Sendo assim, não está englobada como hipótese de incidência a posse de conteúdo não econômico, como aquela exercida pelo locatário ou mero detentor.

Sobre o tema em debate, "impende destacar que o conceito de bem imóvel, seja por natureza ou acessão física, é decorrente da legislação civil e está previsto nos arts. 79, primeira parte, e 1.248 do Código Civil." (SABBAG, 2018, 308).

Com efeito, consoante ensina Lustoza (2015, 130):

> No direito civil, o conceito de propriedade é definido pelo art. 1228 do Código Civil, o qual dispõe que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la. A partir destes direitos que se poderá identificar o exercício de propriedade sobre determinado imóvel, de forma que somente haverá a transferência do imóvel com a sua transcrição no registro de imóveis, conforme prescreve o art. 1245 do Código Civil.

Destaque-se, ainda, que o termo "propriedade" previsto no art. 156, I, da CF deve ser interpretado de forma a englobar o domínio útil (conjunto de atributos conferidos ao titular de enfiteuse ou aforamento) e a posse com *animus* definitivo.

Nas lições de Machado (2011, 349-350):

> Falando a Constituição em "propriedade" naturalmente abrangeu a posse, que nada mais é que um direito inerente à propriedade. A autorização constitucional é para tributar a propriedade, e o Código Tributário Nacional faculta a lei ordinária tomar para o fato gerador do tributo a propriedade, o domínio útil ou a posse, vale dizer, o direito pleno, total, que a propriedade, ou um de seus elementos, o domínio útil, ou ainda a posse.

Este é igualmente o entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que assim já decidiu:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que somente a posse com animus domini é apta a gerar a exação predial urbana, o que não ocorre com o condomínio, in casu, que apenas possui a qualidade de administrador de bens de terceiros. (STJ, REsp 327539/DF, Rei. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 74/0812072, Dje 20/08/2012)

Por seu turno, no que tange ao aspecto espacial do IPTU, o art. 32, do CTN segue a regra da territorialidade, delimitando a circunscrição territorial em propriedade imobiliária "localizada na zona urbana do Município".

No entanto, a definição de zona urbana em lei municipal não é suficiente para ensejar a tributação dos imóveis nela situados, considerando que o art. 32, § 1º, do CTN, exige a existência de alguns melhoramentos, senão vejamos:

> CTN. Art. 32. *Omissis*.
>
> § 1º - Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
>
> I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
>
> II - abastecimento de água;
>
> III - sistema de esgotos sanitários;
>
> IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
>
> V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Não se descure, contudo, que o art. 32, § 2º, do CTN, dispõe, *ipsis litteris*:

> A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Sobre o tema, o Colendo STJ editou o enunciado de Súmula 626, que trata especificamente sobre o aspecto espacial do imposto em estudo, *in verbis*:

> Súmula 626-STJ: A incidência do IPTU sobre imóvel situado em área considerada pela lei local como urbanizável ou de expansão urbana NÃO está condicionada à existência dos melhoramentos elencados no art. 32, § 1º, do CTN.

Nesta esteira, verifica-se que o IPTU apenas incide sobre imóveis localizados na zona urbana ou urbanizável, e, de outra banda, há incidência do ITR (imposto sobre propriedade territorial rural) quando se tratar de bem imóvel em zona não urbana.

Ainda, insta destacar que a jurisprudência pátria adota, além do critério espacial (zona urbana x zona rural), o critério da destinação do imóvel, de forma que sobre a propriedade de imóveis com destinação rural, ainda que localizados em área urbana, não incide IPTU e sim ITR.

Em tempo, cumpre trazer à lume o brilhante entendimento sobre o tema exposto por Alexandre (2017,746):

> Registre-se que mesmo o CTN tendo adotado o critério localização para definir um imóvel como urbano ou rural para fins de incidência de IPTU ou ITR, tanto STF como STJ entendem que estão em vigor as disposições do art. 15 do Decreto-lei 57/1966 segundo as quais o imóvel destinado a exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial se sujeita ao ITR, mesmo que situado na área urbana do Município.

No que pertine ao aspecto temporal, critério que está relacionado ao momento em que se considera consumado o fato imponível, mister trazer à lume os ensinamentos de Lustoza (2015, 134), *in verbis*:

> É permitido ao ente municipal definir discricionariamente o aspecto temporal do IPTU, ou seja, o momento em que considera ocorrido o fato gerador. Com base neste permissivo, em geral, os Municípios elegem 1° de janeiro de cada ano como aspecto temporal, exigindo o
>
> tributo com o envio de um carnê de cobrança aos contribuintes. Existem casos específicos em que as legislações municipais podem regulamentar de acordo com sua peculiaridade, como a ocupação originária de imóveis recém construídos. Nestes casos, a incidência do IPTU independe de quaisquer exigências legais

> para efetiva ocupação do imóvel, demandando apenas que possuam condições ele habitabilidade ou de utilização.

Desta feita, como regra, o aspecto temporal do IPTU se realizará no 1º dia de cada ano, caso a legislação municipal não tenha não tenha disciplinado de forma diversa. Caberá, contudo, à legislação municipal regulamentar a situação jurídica em caso de imóvel novo, respeitado o momento em que o imóvel esteja apto à moradia.

Em se tratando do aspecto subjetivo do imposto em análise, o sujeito ativo do IPTU é o Município da situação do imóvel, com exceção dos territórios federais sem divisão em Municípios, onde a União irá arrecadar o imposto, bem como o Distrito Federal que irá arrecadar tributos estaduais e municipais dentro de sua circunscrição, nos termos do art. 147 da CF.

De outra banda, poderá ser eleito como sujeito passivo, conforme faculta o art. 34 do CTN, o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou seu possuidor a qualquer título.

Frise-se, apesar do artigo retro incluir o possuidor a qualquer título entre os contribuintes do IPTU, consoante observado em linhas pretéritas, não é qualquer posse que autoriza a exigência do imposto, mas apenas aquelas hipóteses em que o possuidor se comporta como se legítimo proprietário do imóvel fosse.

Por fim, no que se refere ao aspecto quantitativo, a base de cálculo do IPTU imposta pelo art. 33, caput e parágrafo único, do CTN, "é o valor venal do imóvel", não se considerando, para tal fim, "o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade."

Por sua vez, as alíquotas, consoante as diretrizes constitucionais (art. 156, I e §1º, CF), serão definidas por lei municipal, que poderão ser progressivas em razão do valor do imóvel, bem como diferenciadas de acordo com a localização e uso do imóvel, sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, CF.

2.2 Da criação de Estação Ecológica em propriedade particular

A Estação Ecológica (ESEC) trata-se de área terrestre ou marinha instituída pelo poder público, que tem como objetivos a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas.

Consoante previsto no art. 8º, I, da Lei nº 9.985/2000, a aludida área é uma espécie de unidade de conservação da categoria de proteção integral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda, deve ser mencionado que nos termos do art. 49 da Lei nº 9.985/2000, "a área de uma unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral é considerada zona rural, para os efeitos legais."

Sobre a Unidade de Conservação ora sob apreciação, Melo (2018, 377) leciona:

> Seus objetivos são a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas, autorizadas pelo órgão responsável pela administração da unidade. Como a posse e o domínio na estação ecológica são públicos, o que determina a desapropriação de propriedades privadas em seus limites (art. 9º, § 1º). É proibida a visitação pública, exceto a de objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico (art. 9º, § 2º).

Por seu turno, o regramento legal da matéria se encontra consolidado no art. 9º, da supramencionada Lei nº 9.985/2000, senão vejamos:

> Art. 9º A Estação Ecológica tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas.
>
> § 1º A Estação Ecológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.
>
> § 2o É proibida a visitação pública, exceto quando com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico.
>
> § 3o A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.
>
> § 4º Na Estação Ecológica só podem ser permitidas alterações dos ecossistemas no caso de:
>
> I - medidas que visem a restauração de ecossistemas modificados;
>
> II - manejo de espécies com o fim de preservar a diversidade biológica;

> III - coleta de componentes dos ecossistemas com finalidades científicas;
>
> IV - pesquisas científicas cujo impacto sobre o ambiente seja maior do que aquele causado pela simples observação ou pela coleta controlada de componentes dos ecossistemas, em uma área correspondente a no máximo três por cento da extensão total da unidade e até o limite de um mil e quinhentos hectares.

Destarte, vislumbra-se que regime jurídico impõe ao Poder Público proteção integral da estação ecológica, sendo considerado suas dimensões de domínio público, independentemente de futura desapropriação, tanto que a lei expressamente afirma que a posse e o domínio passam a ser do Poder Público com a sua criação.

Consequentemente, essa espécie de unidade conservação limita de sobremaneira o direito de propriedade, considerando que retira do possuidor a faculdade de reivindicar o bem, uma vez que não há reivindicação de bem desapropriável, como institui o artigo 9º, § 1º, da Lei n. 9.985/2000.

Igualmente, não se permite o uso e o gozo do bem, pois se proíbe a utilização econômica do imóvel, conforme art. 9º, § 4º c/c o art. 28, da Lei n. 9.985/2000. E, ainda, inviabiliza a disposição do bem pelo proprietário, porquanto não se dispõe de algo cujo domínio é público.

Desta feita, vislumbra-se que, diante da incidência do regime de proteção integral da área, a criação de uma Estação Ecológica importa em verdadeiro esvaziamento dos poderes inerentes à propriedade; e o fato de o nome do proprietário ainda constar com essa qualificação no título do imóvel revela algo meramente formal, sem qualquer conteúdo que lhe garanta o uso e o gozo do bem.

2.3 Da não incidência do IPTU no caso de inserção de imóvel privado em Estação Ecológica

Tecidas as considerações acima sobre a regra matriz de incidência do IPTU, bem como sobre a conceituação e o regramento específico da Estação Ecológica, é de rigor a conclusão de que a inserção do bem imóvel do particular em Estação Ecológica, por acarretar limitação administrativa imposta pelo Estado, de alto conteúdo intervencionista, ocasionando, consequentemente, ao proprietário do imóvel restrição ao exercício dos poderes inerente à propriedade, importa em não incidência do IPTU.

Com efeito, o esvaziamento do direito de propriedade afasta a ocorrência do aspecto subjetivo da hipótese de incidência do IPTU, disposto no artigo 34 do CTN, e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em assim sendo, os imóveis particulares gravados com tal limitação administrativas não sofrem a incidência tributária do IPTU.

Isto é, o particular, pela simples criação de uma estação lógica que abrange o seu imóvel, termina por perder a propriedade e a posse que detinha sobre o bem, situação que afasta o fato gerador do IPTU.

Acerca do tema em debate, Cavalcante (2020) assenta:

> A inclusão do imóvel do particular em Estação Ecológica representa uma evidente limitação administrativa imposta pelo Estado, ocasionando ao proprietário do imóvel, restrição ao exercício dos poderes inerente à propriedade.
>
> O regime jurídico da Estação Ecológica impõe proteção integral da área, tanto que a lei afirma que a posse e o domínio passam a ser do Poder Público.
>
> Desse modo, com a inclusão do imóvel na Estação Ecológica, a propriedade e a posse do particular sobre o bem ficam inteiramente comprometidas mesmo antes que o Poder Público realize o processo de desapropriação.
>
> Assim, considerando estas limitações administrativas que desnaturam por completo o domínio útil exercido pelo particular, deve-se concluir que ele deixa de ser considerado sujeito passivo do IPTU em relação a este bem.

Mister consignar que, recentemente, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1695340-MG, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques (2ª Turma), julgado em 17/09/2019, firmou posicionamento que a qualificação de imóvel como unidade de conservação de proteção integral limita o direito de propriedade e, por consequência, afasta a incidência do IPTU.

De acordo com o voto do Ministro relator, a inclusão do imóvel em Estação Ecológica, categoria do Grupo de Unidade de Conservação de Proteção Integral, caracteriza evidente limitação administrativa imposta pelo Estado ao proprietário do imóvel, ainda que não tenha havido a desapropriação direta ou indireta do imóvel urbano pelo Estado, porquanto ocasiona restrição ao exercício dos poderes de propriedade pelo titular do domínio.

Acrescentou-se, ademais, que com as limitações administrativas impostas pela Estação Ecológica criada pelo Poder Público, o proprietário do imóvel deixa de ser

contribuinte, pois não é mais titular e tampouco possuidor da propriedade urbana, nos termos do art. 34 do Código Tributário Nacional e 9º, §1º, da Lei 9.985/2000.

Ainda, ressaltou que o regime de unidade de conservação de proteção integral é de zona rural, conforme artigo 49 da Lei 9.985/2000, e, portanto, incompatível com a manutenção da cobrança do IPTU.

Pela sua clareza, pede-se vênia para transcrever a ementa do julgado ora sob apreciação:

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OFENSA AOS ARTIGOS 489, § 1º, VI, E, 1.022, II, AMBOS, DO CPC/2015. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DE IPTU SOBRE IMÓVEL PARTICULAR SITUADO INTEGRALMENTE EM UNIDADE DE CONSERVAÇÃO INTEGRAL. ESTAÇÃO ECOLÓGICA. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVO NO CASO CONCRETO QUE IMPÕE RESTRIÇÃO DO PROPRIETÁRIO AO EXERCÍCIO DO DOMÍNIO ÚTIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ARTIGO 34 DO CTN. ÁREA CONSIDERADA RURAL. NÃO CABIMENTO DE IPTU, MAS ITR. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA EXCLUSIVA DA UNIÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Não se configura a alegada ofensa aos artigos 489 e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.
>
> 2. Trata-se de embargos à execução fiscal manejados pelo contribuinte que visa desconstituir o IPTU exigido pela Município de Belo Horizonte, sobre imóvel situado em Unidade de Conservação, designada de Estação Ecológica Cercadinho, instituída pela Lei Estadual n° 15.979/06.
>
> 3. A limitação administrativa imposta pela Lei 9.985/2000 acarreta ao particular, o esvaziamento completo dos atributos inerente à propriedade, de reivindicação, disposição, de uso e gozo do bem, retirando-lhe na hipótese o domínio útil do imóvel, de modo que o aspecto subjetivo da hipótese de incidência do IPTU, disposto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> no artigo 34 do CTN, não se subsume à situação descrita neste autos, razão pela qual não se prospera a incidência do referido tributo;
>
> 4. Ademais, o artigo 49 da Lei 9.985/2000 assevera que a área de uma unidade de conservação de proteção integral é considerada zona rural para efeitos legais, motivo pelo qual, não se cogitaria a incidência de IPTU sobre o referido imóvel descritos nos autos, mas de ITR, sendo este último tributo de competência tributária exclusiva da União, não se prosperando a manutenção do Município como sujeito ativo da relação tributária.
>
> 5. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido.
>
> (REsp 1695340/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019)

Tecidas essas considerações, resta indene de dúvidas de que a inclusão do imóvel do particular em Estação Ecológica, e a consequente limitação administrativa imposta pela Lei n. 9.985/2000 acarreta ao particular o esvaziamento completo dos atributos inerente à propriedade, retirando-lhe o domínio útil do imóvel, de modo que o aspecto subjetivo da hipótese de incidência do IPTU, disposto no artigo 34 do CTN, não se subsume à situação, razão pela qual não se prospera a incidência do referido tributo.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluiu-se que o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é um imposto cobrado pelos Municípios de todos aqueles que são proprietários, possuidores ou os titulares de domínio útil de bem imóvel, localizado na zona urbana ou de expansão urbana do Município.

Analisou-se que a Estação Ecológica, espécie de unidade de conservação da categoria de proteção integral, acarreta evidente limitação administrativa imposta pelo Estado, ocasionando, por consequência, o esvaziamento completo dos atributos inerentes à propriedade do particular, retirando-lhe, assim, o domínio útil do imóvel

Dessa forma, ao final do presente trabalho científico, constatou-se que, na esteira da novel jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a inserção de bem imóvel privado em Estação Ecológica afasta a incidência do IPTU, haja vista que o proprietário do imóvel deixa de ser contribuinte, pois não é mais titular e tampouco

possuidor da propriedade urbana, nos termos do art. 34 do Código Tributário Nacional e 9º, §1º, da Lei 9.985/2000.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*.11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

AMADO, Frederico. Direito Ambiental. Sinopses para Concursos 30. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 08/05/2021.

BRASIL. Lei nº 9.985/2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 08/05/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Se um imóvel é incluído dentro da abrangência de uma Estação Ecológica (Unidade de Conservação de Proteção Integral), deixa de ser devido o pagamento de IPTU*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a322852ce0df73e204b7e67cbbef0d0a>. Acesso em: 08/05/2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 17ª ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Editora Forense, 2020.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JACOB, Júlia. Aspectos do IPTU. Disponível em: https://juliajacob.jusbrasil.com.br/artigos/394695814/aspectos-do-iptu. Acesso em: 07/05/2021

LUSTOZA, Helton Kramer. Impostos Municipais para concursos. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Fabiano. *Direito Ambiental*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Forense, 2017.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental. Coleção Esquematizado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AVANÇOS E IMPORTÂNCIA DA LEI Nº 12.318/2010 NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL AO LONGO DE UMA DÉCADA

BRENDA KAROLINE SILVA DE SOUSA: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

KETHLEEN HUANNA DA SILVA MATOS[188]

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA [189]

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa abordou a contribuição da lei nº 12.318/2010 no enfrentamento da alienação parental, pois em razão das transformações sociais trazidas pela contemporaneidade, os casos de ruptura familiar se tornaram mais frequentes, o que propiciou a incidência do fenômeno da alienação parental. Destacou-se como objetivo da pesquisa analisar os avanços e a importância da lei nº 12.318/2010 no combate à alienação parental no decorrer de sua vigência, a fim de verificar a eficiência da lei nesse cenário. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica por meio da abordagem dedutiva, com enfoque na avaliação do texto legal, de doutrinas e outras publicações referentes ao tema. Observou-se que a alienação parental representa uma interferência no desenvolvimento psicológico da criança, promovida por um de seus responsáveis, com o intuito de prejudicar o vínculo daquela com a outra parte e, uma vez que a família é permeada por constantes mudanças, é inevitável o surgimento de adversidades. Assim, a alienação parental é cada vez mais expressiva, porém, combatida pela lei nº 12.318/2010, que ao longo de uma década mostrou-se fundamental para a proteção e o resguardo do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo ser vista como um benefício para a sociedade.

Palavras-chave: Direito de família; Alienação parental; Convívio familiar; Lei nº 12.318/2010.

Sumário: 1 Introdução - 2 A evolução do instituto da família: 2.1 Conceito de família; 2.2 A mudança da família sob a ótica legal; 2.3 Espécies de família - 3 Crise nas relações

[188] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA..

[189] Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

das famílias contemporâneas: 3.1 Desenvolvimento dos modelos familiares; 3.2 A guarda de crianças e adolescentes frente aos transtornos familiares - 4 Alienação parental: 4.1 Conceito; 4.2 Características; 4.3 Efeitos; 4.4 Alienação Parental *versus* Guarda Compartilhada - 5 Impactos da lei nº 12.318/2010: 5.1 Existência ou não da alienação parental?; 5.2 Explicação dos dispositivos legais; 5.3 Resguardo do melhor interesse da criança e do adolescente - 6 Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a prática da alienação parental vinha sendo aferida em casos concretos, promovendo intensos debates acerca do seu conceito e suas consequências legais para os envolvidos. Desse modo, vendo-se a patente necessidade em regulamentar a situação, os legisladores brasileiros editaram a lei nº 12.318/2010, que ao completar uma década de vigência, traz à tona a discussão sobre sua real importância e os avanços em combater a alienação parental.

Nesse sentido, o presente estudo busca entender as mudanças, bem como a relevância que referida lei teve desde sua entrada em vigor, no enfrentamento da problemática da alienação parental, a fim de perceber seu caráter imprescindível ou não nesse cenário.

Nota-se que a estrutura familiar, como base da sociedade, não se mantém estática frente às transformações sociais, culturais e ideológicas que surgiram com o passar do tempo. Embora a família tenha sido definida inicialmente de forma restrita, exigindo-se para sua constituição um homem e uma mulher, que deveriam estar unidos pelo casamento, no qual o marido exercia sobre a esposa um poder abusivo, as mudanças que advieram com a chegada de novos séculos fizeram com que tal conceito fosse revisto, e passou-se a admitir hoje a afetividade e a igualdade como fundamento primordial para a formação da família.

Vale observar que na contemporaneidade foram originados diversos casos de ruptura familiar, isto é, quando os pais se divorciam ou se separam, ocorre uma crise familiar, que é permeada por uma tendência vingativa, e atinge sobretudo os filhos do casal. Assim, os filhos passam a ser manipulados e influenciados por um dos pais a formar sentimentos de aversão em relação ao outro (FREITAS, 2019).

Verifica-se, pois, nesses casos, a existência da alienação parental, promovida ou induzida por um dos pais, avós ou quaisquer outras pessoas que exerçam autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou o adolescente, com o intuito de que repudiem um dos genitores ou sejam prejudicados os vínculos entre estes e seus filhos, e que gera interferência no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente (BRASIL, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Perante essa situação de crianças e adolescentes envoltos pela alienação parental, a lei nº 12.318/2010, almejando atender o melhor interesse da criança e do adolescente, definiu as consequências legais da prática da alienação e, por consequência, a modalidade de guarda a ser adotada. Porém, embora haja uma repercussão positiva trazida pela citada lei, que proporcionou o melhor conhecimento sobre a criança e do adolescente, entendendo-se suas verdadeiras necessidades diante da definição de sua guarda, adquiriu uma natureza negativa em alguns aspectos, ao passo que, por exemplo, passou a ser utilizada como ferramenta para acobertar abusos sexuais ao tornar-se um "véu", isto é, um meio utilizado pelos abusadores para se passarem por vítimas, alegando serem a figura parental alienada (BATISTA, 2016).

Por conseguinte, discussões sobre a revogação da lei e sua real eficácia no plano concreto ganham espaço, uma vez que se entende que tanto a criança e o adolescente como os próprios genitores podem ser expostos a situações prejudiciais decorrentes de sua aplicação.

Visando encontrar os resultados para a problemática em questão, utilizou-se neste estudo a metodologia de pesquisa bibliográfica, através do método de abordagem dedutivo, que se fez por meio do levantamento e análise de dados em livros, doutrinas, teses, dissertações, artigos, revistas, e-books e publicações *on-line*.

Logo, o que está sendo apresentado visa analisar os avanços e a importância da lei nº 12.318/2010 sobre a alienação parental no decorrer de sua vigência, sendo assim, de suma relevância para a sociedade, a legislação brasileira, a jurisprudência e o meio acadêmico, à medida que traz situações jurisprudenciais e doutrinárias que auxiliam na definição dos critérios aplicáveis no enfrentamento judicial do tema.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

2.1 Conceito de família

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020), a família é entendida como uma realidade sociológica presente em todas as sociedades, e compõe o alicerce sobre o qual o Estado é construído. Trata-se de uma instituição que precisa ser resguardada pelo Estado, sem, contudo, haver definições rígidas do que a família é ou deva ser, pois sua natureza e extensão variam, dessa forma, a Constituição Federal e o Código Civil apenas se referem a ela a fim de estabelecer sua estrutura.

Nesse contexto, o advento da família tem um passado extenso, porém, que sempre encontra um ponto em comum: as pessoas se unem e constroem vínculos desde o seu surgimento, visto que são imbuídas pelo instinto de se perpetuar com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

objetivo de que não estejam sozinhas, mas sim em pares, maneira pela qual poderão encontrar a felicidade (AZEREDO, 2020).

Ademais, a família está cercada de uma significação psicológica, jurídica e social, que torna seu conceito amplo, devendo-se, pois, conferir especial atenção à sua delimitação teórica, uma vez que ela deve estar em consonância com a realidade social, pois ao ser permeada pela dinamicidade das relações socioafetivas, torna impossível estabelecer um "conceito único e absoluto de Família" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 ao cuidar dessa temática, definiu a família como a base da sociedade, que deverá ser especialmente protegida pelo Estado. Porém, esta instituição que sempre esteve presente na vida do ser humano sofreu diversas transformações ao longo dos anos, de modo que hoje a compreensão que se tem sobre a entidade familiar e suas formas são baseadas na dignidade da pessoa humana e na afetividade.

2.2 A mudança da família sob a ótica legal

Inicialmente, a norma regulamentadora da família no Brasil era o Código Civil de 1916, cujo teor indicava que a instituição estava adstrita a regras que pregavam a indissolubilidade do casamento, a chefia do marido sobre a sociedade conjugal, assim como a discriminação entre os filhos legítimos e ilegítimos, semelhante ao que ocorria na família patriarcal (NASCIMENTO, 2019).

Contudo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada o marco de ruptura que fixou um novo entendimento acerca da família, essa instituição passou a ser interpretada com base no direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, ou seja, o conceito de família evoluiu e se adequou aos novos ditames sociais (VILASBOAS, 2020). Logo, a entidade familiar começou a ser compreendida além da questão biológica, alcançando também os laços de afetividade, respeito e afinidade (SOUZA, 2019).

Neste particular, percebe-se que a família visa concretizar metas existenciais de quem a compõe, ou seja, confere-se importância à dignidade da pessoa, ressaltando seus interesses em detrimento de sua coisificação antes defendida. Esse direcionamento se trata do fenômeno jurídico-social chamado de repersonalização das relações civis, na qual existe um sujeito de direitos em razão de ser uma pessoa, que busca primordialmente sua realização afetiva e existencial (LÔBO, 2020).

Posteriormente, entrou em vigor o Código Civil de 2002 que carregou consigo resquícios das disposições civilistas de 1916, em total descompasso aos preceitos

constitucionais, havendo, portanto, a necessidade de interpretá-lo à luz das mudanças sociais (SOUZA, 2019).

Dessa forma, almejando-se ajustar a família aos padrões culturais e legislativos atuais, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges e os companheiros, da igualdade entre os filhos, da paternidade responsável e planejamento familiar, da comunhão plena de vida baseada na afeição entre cônjuges ou conviventes e da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, assumem um papel fundamental na nova significação que se deve conferir à família no Brasil (GONÇALVES, 2020).

Outrossim, frente às transformações ocorridas no cenário sociocultural brasileiro, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) se preocupou em realizar o projeto de lei n. 2.285/2007, com o intuito de reformar o Direito de Família e, desse modo, criar o Estatuto das Famílias. O referido estatuto ressalta os valores embutidos nos princípios constitucionais, evidenciados nos arts. 226 a 230 da Constituição Federal de 1988 e, visando a resolução de conflitos existentes na sociedade brasileira atual, assegura proteção às mais diversas modalidades de família (MADALENO, 2020).

Com efeito, não se reconhece mais hoje como família apenas aquela formada pelo casamento civil e religioso, pois se entende que uma família pode ser constituída por meio da união estável, inclusive pode ser formada por casais homoafetivos, admitindo-se também a família monoparental, multiparental, anaparental, simultânea, unipessoal, dentre outras (BUSCARIOLO, 2019).

É evidente que a família brasileira evoluiu com o passar do tempo, e ainda que os legisladores e os juristas busquem conferir a melhor interpretação a essa instituição, trata-se de uma tarefa constante, pois a cada dia a família se transmuta e reflete novas realidades sociais.

2.3 Espécies de família

Cumpre analisar que a estrutura familiar era patriarcal, de maneira a se permitir que o homem exercesse poder sobre a mulher e os filhos, o que se chamava de poder marital e pátrio poder, respectivamente (LÔBO, 2020). Nesse modelo, a relação entre o homem e a mulher não se baseava em sentimentos e sim pela necessidade. Assim, os interesses do homem se sobrepunham a todos os demais membros, podendo ele exercer autoridade sobre os filhos, os servos, os escravos e a mulher. A palavra "família" estaria associada ao poder do *pater* em face de familiares ou não (PAIVA; SIQUEIRA, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Remetendo-se ao direito romano, verificava-se que a família era regida pelo princípio da autoridade, no qual o *pater família* tinha sobre seus filhos o direito de vida e de morte, e a mulher era submissa à vontade do marido, em contrapartida a definição romana da *affectio*, necessária no casamento desde sua celebração, sob pena de dissolução pelo divórcio. Os canonistas entendiam o casamento como sacramento e, por assim ser, indissolúvel. Desse modo, há de se perceber que a família brasileira se baseou nas concepções da família romana e canônica (GONÇALVES, 2020).

Nesse contexto, frisa-se que embora a família matrimonial - união monogâmica e indissolúvel entre um homem e uma mulher por meio do sacramento da Igreja e solenizado pelo Estado - tenha sido por um longo período reconhecida como a única entidade familiar legítima, com as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico no que diz respeito à família, novas configurações puderam ser devidamente reconhecidas, além de receber proteção legal e, consequentemente, ter os respectivos direitos assegurados (MADALENO, 2020).

> O Código Civil Brasileiro de 1916 trazia apenas uma modalidade de constituição de entidade familiar, a saber, o casamento. O texto constitucional, quando da promulgação da Lei Maior de 1988, também era bastante restritivo quanto ao modo de constituição de família, prescrevendo o art. 226, à época, apenas o casamento como instituto consolidador das entidades familiares. Entretanto, como a complexificação da sociedade e com o surgimento de novas realidades sociais, o direito passou a admitir novos arranjos familiares e a conceder garantias aos novos modelos de famílias. Exemplo disso foi a consolidação das uniões estáveis e das famílias monoparentais no texto constitucional, e o reconhecimento das uniões homoafetivas pela mais alta Corte do país (AFONSO *et al*, 2019, p. 01).

Assim, pode-se falar sobre a família informal, comumente conhecida como união estável, que foi definida no art. 226, §3º, da Constituição Federal de 1988 como entidade familiar, de modo que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. Vale destacar que embora o texto constitucional estabeleça a condição de tal união ser formada por homem e mulher, em detrimento do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, aos casais homoafetivos foi assegurado o direito de constituírem união estável, nos termos do artigo supracitado (BRASIL, 1988; MARTINS, 2016).

Destaca-se também a família monoparental e multiparental, em que uma é formada por 01 (um) dos pais e seus filhos menores, e a outra compreende uma entidade que poderá ser constituída por 02 (dois) pais e/ou 02 (duas) mães. Porém, a

existência da família multiparental pressupõe a presença de laços afetivos que devem ser tão concretos quanto os laços sanguíneos, e deve ter tempo mínimo de convivência (LÔBO, 2021; OLIVEIRA *et al*, 2019).

Noutro norte, ainda que não tenha os efeitos jurídicos legalmente assegurados no cenário da ordem sucessória e dos alimentos, a família anaparental emerge na sociedade atual, ao passo em que as pessoas estão unidas com o intuito de constituir um vínculo familiar que seja estável, sendo integrada apenas pelos filhos (GONÇALVES, 2020; MADALENO, 2020).

Ademais, cumpre frisar que é possível haver a família simultânea, na qual um indivíduo, ao mesmo tempo, faz parte de mais de uma família, ou seja, famílias distintas possuem um membro em comum, bem como há a possibilidade da família unipessoal, que será constituída por uma só pessoa, independentemente se é solteira, divorciada ou viúva (LOPES; BARROS, 2017; BUSCARIOLO, 2019).

Por fim, é imperioso salientar as espécies de família que são delineadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e que cumprem uma função de extrema importância, a exemplo da família extensa, que é definida como aquela que se estende e ultrapassa a relação de pai e filho, e é constituída por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afetividade e a família substituta, que é composta pelos pais casados ou em união estável que realizam, de forma unilateral ou bilateral, um cadastro visando a adoção (MADALENO, 2020).

Portanto, nota-se que a família, ao ser permeada pelas mudanças ocorridas no meio social, cultural e econômico, adquiriu novas formas de ser, deixando para trás o modelo estático, estritamente biológico e hierárquico, para se moldar de acordo com a socioafetividade, de modo que o Direito, ao regulamentar a vida em sociedade, reflete tais mudanças e visa o reconhecimento das mais diversas espécies de família que surgem e evoluem no decurso do tempo.

3 CRISE NAS RELAÇÕES DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

Com o passar do tempo, nota-se o aparecimento de novos elementos constituintes ou relevantes nas relações conjugais, observam-se diversas novidades quanto ao deslinde das relações, e podem ser citados: o reconhecimento da união estável e da união homoafetiva, monoparentalidade e multiparentalidade, a diminuição proporcional do número de divórcios litigiosos e o aumento brutal do número de divórcios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esses novos fenômenos fizeram com que as transições familiares se tornassem alvo de diversos estudos, sendo reconhecidos muitas vezes como garantidores da dignidade humana, como mostra o fragmento:

> O princípio da dignidade da pessoa humana ganha espaço no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com os novos modelos familiares. A dignidade é o princípio basilar no Direito das famílias e rege as mais diversas formas de cultivá-la e desenvolvê-la (KIRSCH; FORTES, 2018, p. 09).

3.1 Desenvolvimento dos modelos familiares

As alterações significativas que ocorreram no modelo familiar romano, atreladas às questões características da sociedade contemporânea, fazem com que temas antes não discutidos tornem-se palco para o aparecimento de discussões ainda mais complexas, contudo necessárias ao desenvolvimento de modelos familiares saudáveis, os quais são guiados pelo princípio da função social da família, tida como a base da sociedade e como o meio para a concretização de anseios e pretensões de membros de uma comunidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Os modelos familiares em que os cônjuges propositalmente fazem a opção de não ter filhos, seja motivados por ideias como a liberdade feminina, ou a busca pelo pleno emprego e melhores compensações financeiras, fazem oposição a grande maioria dos tipos familiares brasileiros, que são pautados em um controle de natalidade pouco expressivo e muito seletivo (CAETANO; MARTINS; MOTA, 2016; MENANDRO, 2018).

Nesse contexto, muito se discute sobre o tão temeroso divórcio, e apesar da presença de discussões e desentendimentos, entende-se que a culpa não é do casal, e sim consequência da extinção do *affectio*, ou seja, da afeição entre as duas pessoas, pois o afeto não é só um laço que envolve os integrantes, mas o ponto fundante da família (GONÇALVES, 2020).

Ademais, sobre esta seara, é importante destacar que nem somente de crises está marcado o Direito da Família, visto que são notáveis algumas mudanças no tratamento dos modelos familiares. Percebe-se de forma exponencial o melhor tratamento conferido aos diferentes modelos familiares, como o reconhecimento da união estável, a monoparentalidade, e as discussões atuais quanto à família poliafetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Contudo, verifica-se que as mudanças das estruturas familiares não constituem um fenômeno restrito ao século XXI, uma vez que, a partir do século XX, o legislador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

brasileiro tem tentado acompanhar as mudanças no cenário familiar. A busca do Direito em auxiliar essas alterações estruturais, pode ser explicada pelo fato de que o matrimônio como um fenômeno jurídico é posterior à união de fato, que seria um fenômeno natural, ou seja, primeiro nasce a família que é positivada pelo direito como modelo familiar (VENOSA, 2017).

3.2 A guarda de crianças e adolescentes frente aos transtornos familiares

Do ponto de vista jurídico, é importante entender as nuances legais e os tipos de separação pelas quais os grupos familiares podem passar. Primeiro, opta-se por avaliar os tipos de separação com base na sociedade conjugal, sendo esta o principal pilar da relação matrimonial. Desse modo, restam dois principais tipos de separação: a separação judicial e o divórcio.

A separação judicial foi o que substituiu o desquite e que dissolve a sociedade conjugal, porém não desfaz o vínculo, de modo que os indivíduos permanecem vinculados, mas sem os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime matrimonial de bens (VENOSA, 2017).

Já o divórcio elimina tanto a sociedade conjugal como o vínculo, estando os ex-cônjuges completamente desobrigados um com o outro. Todavia, é importante ressaltar que embora antes houvesse a necessidade de que o casal estivesse em estado de separação judicial ou separação de fato, hoje basta a simples vontade de ambos para efetivação do divórcio (VENOSA, 2017).

É preciso entender que as separações jamais devem comprometer as obrigações dos membros das sociedades conjugais quanto a seus dependentes, visto que essa é uma relação jurídica distinta da realizada entre os sujeitos da sociedade conjugal, portanto, os pais não podem se escusar de cumprirem deveres quanto aos filhos sob a justificativa de término da relação conjugal. Assim, como efeito do divórcio, tem-se o fim do casamento e da sociedade conjugal, e nesse cenário, o poder familiar, diretamente relacionado ao modo como os genitores e os filhos convivem, será tratado de maneira alheia a decisões relativas ao casamento, vez que também é direito da criança a vivência com ambos os genitores (VENOSA, 2017).

De fato, qualquer comportamento possui um imenso poder diante da criança, pois existe um enorme laço afetivo na sua relação com os pais. Além disso, várias pesquisas apontam que a partir dos seis meses, a criança exposta aos conflitos tende a ter batimentos cardíacos mais acelerados e níveis mais altos de estresse, que por sua vez, prejudicam a formação de conexões neurais nos cérebros infantis (HAROLD, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste particular, é importante entender o que pode influenciar no desenvolvimento da criança e, pode-se citar, por exemplo, os conflitos gerados pela indiferença dos genitores às demandas dos menores. Portanto, após a fase das discussões no relacionamento e a chegada do fim da relação, a criança precisa aprender que agora existem duas casas, duas "vidas", duas maneiras de conviver, o que pode afetar totalmente seu psicológico que não está acostumado com essa situação. Por esse motivo, os pais precisam resolver seus conflitos de forma saudável, pois a qualidade do relacionamento entre eles é um elemento central da qualidade de vida da criança (HAROLD, 2018).

Sendo assim, é preciso existir uma ligação de cumplicidade entre os genitores para que consigam refletir para a criança ou adolescente que o motivo da separação não se deu por nenhuma intempérie da relação entre pai e filho, que sempre existirá uma relação de amor que não será afetada e nenhum dos genitores irá colocá-lo para escolher um lado.

Logo, é imprescindível que os genitores envolvidos no divórcio tenham consciência de que continuam sendo pais daquela criança, e devem se tratar de forma que não atrapalhe a dinâmica da criação dos filhos que deve existir entre os pares (DIAS, 2017).

Sob esta égide, também se fazem necessárias discussões quanto à violência doméstica, porque tais debates auxiliam no progresso das medidas de garantia da segurança e da proteção da criança.

Conforme os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, cerca de 30% dos atos de violência doméstica contra a mulher são praticados pelo cônjuge (CERQUEIRA; MOURA; PASINATO, 2019). Tal fato é relevante, pois atualmente existem institutos de proteção de direitos das mulheres e crianças, como a Delegacia da Mulher e os Conselhos Tutelares, que possibilitam a contagem e a responsabilização por esses atos, os quais podem culminar na dissolução do núcleo familiar, fenômeno que no passado era percebido menos expressivamente, por conta da falta de instrumentos legais de amparo a entes familiares violentados.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

Diante das crises nas relações das famílias contemporâneas, vem à tona um problema antigo, mas presente até os dias atuais: a alienação parental, considerada por alguns como uma síndrome que atinge a vida de todos os envolvidos e arruína vínculos parentais que jamais serão recuperados.

4.1 Conceito

Alienação parental é uma expressão que foi utilizada inicialmente por Richard Gardner em 1985, quando se verificava que numa ação de guarda de filhos, o genitor ou genitora fomentava o afastamento da criança do outro cônjuge (GONÇALVES, 2020). Nesses casos, um dos genitores da criança desenvolve ódio pelo outro, bem como sentimento de vingança, assim, um dos pares, motivado pelo ódio, tenta punir o ex-cônjuge pelo fim do relacionamento e incutir no filho o mesmo sentimento (DIAS, 2019).

Percebe-se que a alienação parental se baseia em atitudes tomadas por genitores, que envolvidos por uma lide, fazem dos próprios filhos meios para alcançar o outro, considerado o causador da separação, com o intuito de puni-lo. O direito à convivência é mitigado, ao passo em que um dos genitores, responsável pela alienação, possibilita que o filho rejeite o outro que é alvo dela (MALUF; REGO, 2018; LÔBO, 2020).

Vale ressaltar que o conceito de alienação parental não é igual a síndrome de alienação parental (SAP), pois a segunda é vista como a síntese de resultados da primeira e, diferentemente de psicólogos e psiquiatras que reconhecem a SAP como verdadeira síndrome, sua existência não é amplamente aceita pelos demais profissionais voltados ao estudo dessa problemática (LEITE; NETA, 2016).

Nas palavras de Rolf e Ana Carolina Madaleno (2018), a alienação seria um termo geral que diz respeito ao distanciamento justificado entre o genitor e a criança, o que não se confunde com uma síndrome, visto que não existe uma série de sintomas evidenciados concomitantemente.

4.2 Características

Percebe-se a alienação parental como uma ação praticada pelos pais, avós ou outrem, com o intuito de manipular a criança ou o adolescente para obter sua guarda e gerar obstáculos em sua convivência com o genitor alienado (SILVA; VILELLA, 2018).

Ou seja, o autor da alienação parental pode não ser o genitor da criança, uma vez que os avós, os tios, os companheiros, aqueles que convivem com ela, ou quaisquer que sejam da unidade do núcleo familiar, podem desenvolver a prática de denegrir a imagem do outro genitor, ao reprovar suas atitudes e alterar a realidade dos fatos para que seja odiado pela criança e afastado dela (DINIZ, 2019).

O genitor que detém a guarda ingressa numa campanha a fim de que o filho passe a ter repúdio pelo genitor não guardião, o que prejudica os laços entre eles. Ademais, envolvidos nesse contexto, a criança e o adolescente tendem a criar um vínculo de dependência e submissão com o genitor que pratica alienação parental (MADALENO, ANA; MADALENO, ROLF, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Configura-se como ato de alienação parental a falta de comunicação a um dos pares acerca dos compromissos do filho, bem como fazer o menor acreditar que se sente triste quando ele vai visitar o outro genitor. Sendo assim, o alienador procura ser visto como a vítima da situação, com objetivo de fazer a criança desenvolver culpa em gostar de estar na companhia do genitor alienado. Dessa forma, o infante sente a necessidade de odiar o genitor alienado, pois acredita que ele não o ama mais e que possa vir a lhe causar algum mal (PAIVA; SIQUEIRA, 2015).

Nessa perspectiva, inventam-se mentiras, falsas acusações e manipulações que confundem a criança, de maneira que ela não consegue mais distinguir o amor que tinha pelo genitor alienado do ódio que precisa ter, conforme as alegações do genitor alienador. A criança não entende mais o que é certo ou errado e confunde a realidade com a imaginação (DIAS, 2019).

Essas falsas memórias na criança ou adolescente são implantadas, e estabelecem no âmbito psicológico desses indivíduos situações, impressões e sensações que nunca existiram. Compreende-se que o genitor alienador por diversas vezes transmite ao menor histórias que não condizem com a realidade, ao relatar circunstâncias de maus tratos, violência e abusos perpetrados pelo outro genitor. Assim, a criança é confundida e passa a acreditar que tudo de fato aconteceu, pois já se sentia abandonada pelo genitor alienado e, sem discernimento suficiente, toma para si todos os fatos que o alienador lhe transmitiu como verdadeiros (CORDEIRO; ANJOS, 2020).

Cumpre ressaltar que para estar devidamente caracterizada como alienação parental, a conduta do genitor alienador deve influenciar no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente, ou ainda ocasionar prejuízo à convivência com o genitor alienado e sua respectiva família (LÔBO, 2020).

Observa-se também que dentre todas as práticas que configuram a alienação parental, a desqualificação do genitor alienado pode chegar a extremos, e o alienante imputa àquele a prática de atos incestuosos requerendo, para tanto, o auxílio de outras pessoas, como psicólogos e advogados, tendo em vista que almeja demonstrar a veracidade dos fatos. Tal alegação causa danos irreparáveis à criança, pois não sendo verdade, esta será totalmente afastada do genitor alienado (PAIVA; SIQUEIRA, 2015)

4.3 Efeitos

Em face da campanha que o genitor alienador impôs contra o genitor alienado, a criança afetada inicia, por conta própria, ataques ao genitor que é vítima de alienação parental, de modo a depreciá-lo, agredi-lo e, por fim, decide romper os laços que tinha com ele. O genitor alienado agora já não é mais a figura paterna ou materna que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quer por perto, pois embora haja amor, ele deve necessariamente ser odiado e considerado um estranho (MADALENO, ANA; MADALENO, ROLF, 2018).

Por conseguinte, os efeitos da alienação parental ultrapassam a esfera particular do genitor alienante e alienado, prejudicando, especialmente, a criança ou o adolescente, à medida em que sofrem fisicamente e mentalmente. Isso, em alguns casos, pode causar distúrbios alimentares, timidez excessiva e indecisão exacerbada. O menor, que devia ser protegido, é colocado em uma situação de estresse, e deixa de compreender criticamente o que é bom ou ruim na relação, imaginando uma vivência com os genitores que não é verdadeira (SILVA; VILELLA, 2018).

Verifica-se que as crianças que sofrem alienação parental poderão manifestar distúrbios de ordem psicológica e comportamental, a exemplo da depressão, ansiedade, pânico e até mesmo pensamentos suicidas. Associado a isso, em detrimento do prejuízo à convivência com o genitor alienado, o infante pode ter sua autoestima diminuída, o que resultará quando adulto em embaraços nos seus relacionamentos (MALUF; REGO, 2018).

Além disso, verifica-se que a criança, com medo de ser rejeitada ou até mesmo castigada pelo genitor alienador, obedece suas ordens acima de tudo, estabelecendo-se uma relação de dependência e submissão, que ela não tem capacidade para se desvencilhar (DINIZ, 2019).

Outrossim, os filhos, ao conviverem com brigas constantes entre seus genitores, são postos diante de uma situação conflitante entre o bom e o mau, que causa temores, ansiedade, agressividade, introspecção, inversão de valores, etc (LEITE; NETA, 2016).

Nesse sentido, havendo a incidência da alienação parental na relação familiar, o direito à convivência familiar é desrespeitado e a criança começa a apresentar o sentimento de ausência e vazio. As crianças e os adolescentes envolvidos nesse ciclo vicioso e prejudicial, além de demonstrarem ansiedade de separação, baixa autoestima, angústia, depressão, tornam-se manipuladoras e revelam falsas emoções, pois por egoísmo do genitor alienante, eles não tiveram a possibilidade de ter um desenvolvimento sadio, já que sua infância e a manutenção de uma boa relação com o genitor alienado simplesmente lhes foi tirada (MADALENO, ANA; MADALENO, ROLF, 2018).

No âmbito jurídico, os efeitos da alienação parental são definidos pela lei nº 12.318/2010, que regulamentou a temática, a fim de sanar possíveis dúvidas sobre sua definição, caracterização e os meios punitivos a essa prática. A referida lei foi, e ainda é, objeto de discussão, e para alguns juristas representa um mecanismo fundamental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

no combate à alienação parental, e o caminho que assegurará que a separação dos pais não acarrete na separação destes dos filhos (DIAS, 2019).

4.4 Alienação Parental *versus* Guarda Compartilhada

Nota-se que em face da constante mutabilidade das relações sociais e dos problemas que nelas incidem, entidades familiares são formadas ou desconstruídas, dando sempre lugar ao surgimento de um novo modelo familiar, e é possível mencionar como uma das causas, a separação ou o divórcio de casais, que possuindo filhos, precisarão discutir a guarda dessa criança ou adolescente.

A guarda é inerente aos cônjuges em relação aos filhos comuns, que de maneira ampla, revela-se como direito-dever de convivência familiar, vista como prioridade absoluta da criança, segundo o art. 227 da Constituição Federal de 1988. Ademais, existe para os pais como decorrência do poder familiar a obrigação de manter o filho sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, conforme delineia o art. 1.630 do Código Civil e, nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda impõe ao seu detentor que preste assistência material, moral e educacional à criança (LÔBO, 2021).

Nesse ínterim, menciona-se a existência da guarda unilateral, alternada e compartilhada, porém a terceira merece especial destaque por sua intrínseca relação com a repressão à alienação parental. De acordo com Conrado Paulino da Rosa (2015), a partir da lei nº 11.698/2008, a guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, mas, antes disso já era adotada em diversas entidades familiares.

Desse modo, em face das alterações promovidas pela lei nº 11.698/2008, o Código Civil definiu a guarda compartilhada em seu art. 1583, §1º, como a "responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns." (BRASIL, 2002).

No contexto em que pese a guarda compartilhada já ser vivenciada na doutrina e na jurisprudência antes da sua inserção legal no cenário brasileiro, com a referida lei, essa espécie de guarda passou a ser utilizada gradativamente nas Varas de Família, pois se pauta na cooperação recíproca entre os genitores que se separam ou divorciam, a fim de estabelecer um acordo em que se voltarão ao cuidado e proteção dos filhos (GONÇALVES, 2020).

Verifica-se que na guarda compartilhada, o período que a criança ou adolescente irá conviver com os genitores deve ser distribuído de forma equilibrada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

entre eles, levando-se em consideração as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2002).

É evidente que será assegurado à criança ou adolescente cuja guarda é compartilhada, o seu melhor desenvolvimento, uma vez que aos genitores são impostos iguais direitos e obrigações que decorrem do seu respectivo poder familiar, permitindo-se a manutenção do vínculo afetivo e a convivência com ambos os genitores, mesmo diante da separação ou divórcio (MARQUES; SOUZA, 2018).

Portanto, sendo a guarda compartilhada o meio pelo qual o filho em comum de um casal convive proporcionalmente com os genitores e, por consequência, com seus parentes, revela-se como a modalidade de guarda que deve preferencialmente ser adotada, a fim de assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Vale observar que durante o processo de separação do casal, podem surgir dificuldades e sentimentos maléficos em uma das partes, que passa a utilizar o filho em comum para atingir o outro, seja implantando falsas memórias na criança ou adolescente, ou gerando neles aversão e repúdio ao outro genitor, o que se caracteriza como prática da alienação parental.

Neste particular, cumpre ressaltar que a guarda compartilhada é tida como uma maneira eficaz de prevenir a prática da alienação parental, visto que confere prioridade ao melhor interesse da criança ou adolescente, garante que ambos os genitores sejam guardiões do infante, e possam participar ativamente de sua vida. Isso torna a comunicação entre eles mais dinâmica, de maneira que a alienação parental acompanhada de seus efeitos são obstados (FROES, 2021).

5 IMPACTOS DA LEI Nº 12.318/2010

Destacados tais pontos, urge a discussão quanto ao próprio texto normativo em análise. Para tal, inicia-se tratando sobre a maneira como a lei nº 12.318/2010 já em seu segundo artigo traz um rol exemplificativo quanto aos atos que configuram alienação parental, em que a exemplificação contida na norma fornece ao juiz mais condições para identificar a veracidade das alegações (ZORZI, 2019).

Nesse sentido, os impactos da criação da lei de alienação Parental, não são somente expressivos quando avaliados sob o ponto de vista da conceituação do problema, mas também porque este instrumento legislativo foi inserido no ordenamento em um momento no qual o Direito da Família necessitava de um resguardo maior e de uma prestação jurisdicional à criança que fosse mais extensa, uma vez que o número de divórcios aumentou, e com ele a alienação parental também, como informa: "Nos dias atuais houve um grande aumento do número de casais que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

recorreram ao divórcio e com isso a quantidade de casos de Síndrome da Alienação Parental tem surgido com um grande destaque em nossa sociedade" (JONAS, 2017, p. 02).

5.1 Existência ou não da alienação parental?

Segundo Ana Paula Zorzi (2019), os instrumentos que resguardavam a proteção da população infanto-juvenil, anteriores à lei nº 12.318/2010, tratavam do fenômeno da alienação parental apenas de maneira implícita, assim, a criação da lei em estudo representou um avanço na efetivação do amparo às crianças e aos adolescentes, além de servir como base para análise quanto a existência ou não da alienação parental em processos que envolvem a guarda e a convivência com o filho menor de idade.

Destarte, é possível inferir que a alienação parental é um fenômeno real que assola a sociedade, tão logo se nota que passa de comportamentos a uma síndrome. Assim, a alienação parental é vista sempre que o genitor utiliza artifícios para mudar a consciência de seus filhos contra o outro genitor. Desse modo, o fenômeno nada mais é do que a manipulação de uma criança ou adolescente, para que sinta raiva ou mágoa de um dos seus genitores sem motivos (JONAS, 2017)

Neste ponto, quando se trata sobre a importância da lei de alienação parental, o que se pode discutir é se a síndrome de alienação parental se mostra de forma alarmante na sociedade brasileira ou não. Todavia, a partir de uma perspectiva mais abrangente, pode-se perceber que a lei de alienação parental, embora almeje evitar a SAP, na verdade, penaliza somente os atos de alienação parental, vez que o art. 2º tipifica não o estado mental da criança, mas as ações de seus genitores, potenciais alienadores.

Tais atos de alienação são indiscutivelmente palpáveis, e nota-se isso pela própria possibilidade instaurada pelo instrumento normativo, onde são descritos, de maneira exemplificativa, os atos que consistem em formas de alienação parental, que são responsáveis por ferir direitos fundamentais das crianças e adolescentes, principalmente a convivência familiar saudável (BRASIL, 2010).

5.2 Explicação dos dispositivos legais

Uma importante informação trazida pelo legislador no texto normativo da lei nº 12.318/2010 é o fato de que, para fins de caracterização, não estão excluídos outros membros externos ou do núcleo familiar que possam exercer autoridade sobre a criança, podendo estes figurar no polo de alienadores ou alienados (ZORZI, 2019). De acordo com a redação do art. 2º da referida lei:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou **induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância** para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Os motivos do legislador para a edição de tal norma se tornam evidentes no próprio texto normativo, o qual, em seu terceiro artigo, defende que a prática de alienação fere os direitos fundamentais da criança e do adolescente, pois a Constituição Federal preza pela convivência familiar saudável. Além disso, o legislador tratou de identificar a alienação parental não somente como um fenômeno, mas como abuso moral contra os alienados e descumprimento de deveres dos genitores ou responsáveis legais pelas crianças (BRASIL, 2010).

O art. 4º por sua vez possui a seguinte redação:

> Art. 4º **Declarado indício de ato de alienação parental**, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, **o processo terá tramitação prioritária**, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Esse artigo explicita que, em consonância com princípios constitucionais, a legislação infraconstitucional trata a criança como parte crucial do processo, sendo seu interesse a prioridade do Poder Estatal e, por consequência, da própria prestação jurisdicional. Nesse cenário, o menor precisa de celeridade, de modo que esta disposição, além de resguardar seus direitos, tem o intuito de salvaguardar os direitos do genitor alienado, que é visto pelo legislador também como uma vítima nos casos de alienação parental. Isso é um diferencial evidente percebido na inovação trazida pela lei nº 12.318/2010 (ZORZI, 2019).

Posteriormente, os artigos 5º e 6º da lei nº 12.318/2010 representam significativo desenvolvimento do âmbito normativo sobre este tema, sendo o primeiro deles a inauguração da possibilidade de apreciação da incidência de alienação parental em uma ação autônoma, sem impossibilitar a realização de tal admiração em ação incidental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse mesmo dispositivo, o legislador fornece os caminhos para a elaboração de laudo pericial, de caráter psicológico ou biopsicossocial, reconhecendo a importância de áreas extrínsecas ao direito para a formação de juízos mais competentes, e define a necessidade de um perito e de uma equipe multidisciplinar, para regrar um processo que pode ser responsável por alterar significativamente a vida de um menor (BRASIL, 2010).

Ademais, o art. 6º inova ao relatar quais são os instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental. Consta ressaltar que a lei de alienação parental não trata da síndrome de alienação parental, esta compreendida como um conjunto de sintomas, mas de atos isolados de alienação parental, e por isso a relevância de exemplificá-los (ZORZI, 2019).

5.3 Resguardo do melhor interesse da criança e do adolescente

Por ter o fito de identificar a alienação parental antes que esta constitua SAP, infere-se que o fim da norma é preventivo, e ela se posiciona de forma a identificar os menores sinais de alienação parental e realizar medidas para combatê-los, proporcionalmente ao seu grau de gravidade, pois se a intervenção não fosse realizada de maneira prévia, a intervenção jurídica e psicológica seria grandemente obstada (TASSEMEIER, 2020).

A finalidade preventiva da lei acaba por torná-la alvo de críticas, uma vez que se alega que, por conta da extrema celeridade e importância que se dá ao assunto e tendo em vista que um genitor acusa o outro par de ser abusador, o suposto abusador se utiliza do instituto da alienação parental como forma de esquivar-se das acusações (COSTA, 2020).

Não obstante a essas alegações, ainda se vê que o ordenamento brasileiro tem como um de seus propósitos não exclusivos, mas com certo grau de prioridade, garantir o resguardo do melhor interesse da criança ou adolescente, e é responsabilidade do Estado e de toda a sociedade civil a proteção de seus interesses (BRASIL, 1990; ZORZI, 2019).

Ademais, para que se entenda como a lei de alienação parental pode auxiliar no resguardo do melhor interesse da criança e do adolescente, faz-se necessária a avaliação de como a síndrome de alienação parental pode afetar sua vida, e para tal se utiliza dos conceitos retomados por Aline Jonas (2017), que propõe um resgate da classificação de Gardner, dividindo os estágios da alienação em três: a) leve, em que os filhos ainda possuem fortes vínculos com ambos os genitores, mas o genitor alienador começa a ter atitudes que visam desqualificar o outro; b) moderado, no qual surgem conflitos mais severos e a criança passa a não querer mais estar na presença do genitor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

alienado; e por último c) o estágio grave, em que as crianças já demonstram raiva, ódio e recusa diante do genitor alienado e amor incondicional, completo e irracional pelo alienador.

Dessa forma, o que se percebe é que a lei é benéfica, pois, ao ser avaliada do ponto de vista ontológico, ou em uma relação de causa e consequência, ela tem o intuito de barrar a ocorrência da síndrome de alienação parental por meio do impedimento dos atos de alienação, descritos em seu artigo 2º. Tudo leva a crer que ao garantir que a criança não seja alienada, a lei se posiciona visando proteger o direito do infante à convivência familiar saudável, tão caro ao seu desenvolvimento.

Ainda na esteira da defesa da relevância da lei nº 12.318/2010 para a garantia do melhor interesse da criança, é possível citar um de seus próprios artigos como corroborante desse entendimento, uma vez que o art. 7º define que é do interesse do Estado preservar a convivência da criança com o genitor que viabilizará a convivência da criança ou adolescente com o outro par, nos casos em que a guarda compartilhada não é viável (BRASIL, 2010).

Nesse ínterim, percebe-se a necessidade de garantir o direito à convivência familiar da criança até mesmo com o genitor alienador, e isso é um dos motivos pelos quais a lei não deve ser percebida como temerária, e sim como instrumento de proteção às crianças, aos adolescentes e à sua unidade familiar.

Além de todo o exposto, rebate-se a crítica de que a lei esteja sendo um malefício, com o entendimento de que se há algum erro, é o de aplicação e hermenêutica, pois nos casos em que não está comprovada a alienação, a própria lei (art. 5º) define que o juiz deverá determinar, por meio de equipe multidisciplinar, a perícia psicológica ou biopsicossocial, mitigando assim a possibilidade da utilização do instrumento legal para fins indevidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, vislumbra-se que a família, permeada pela dinamicidade social, cultural e econômica, transfigura-se a cada momento, assim, não é possível delimitá-la de forma concisa. As entidades familiares são formadas por uma complexidade de configurações e, desse modo, na contemporaneidade o surgimento de adversidades é inevitável.

Nesse sentido, como fruto do contexto social e familiar atuais, a alienação parental é cada vez mais presente, porém, não de forma desenfreada, visto que há 10 (dez) anos a lei nº 12.318/2010 trabalha de forma eficaz no combate a essa prática tão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prejudicial aos núcleos familiares, impedindo-a preventivamente, ou atenuando seus efeitos quando já instalada.

Verifica-se, pois, que mais que inovações em reprimir a alienação parental, a lei nº 12.318/2010 ao definir acertadamente seu conceito, características, sujeitos, efeitos jurídicos, mostrou-se, ao longo de uma década, fundamental para a proteção e o resguardo do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como de suas respectivas famílias, ao desconstruir a alienação parental.

Portanto, entende-se que embora haja críticas a sua aplicação, depreende-se que tais desacertos estejam relacionados a quem a pratica e como ela é praticada, e não ao seu texto propriamente dito. Assim, a lei nº 12.318/2010 no lapso temporal de 10 (dez) anos, representa um verdadeiro avanço e é imprescindível no combate à alienação parental em todos os seus aspectos, devendo ser vista como benefício à sociedade que precisa ser mantido, protegido, ampliado e disseminado em todas as situações.

REFERÊNCIAS

AFONSO, D. B. *et al*. Os novos arranjos familiares e o direito brasileiro: as relações poliafetivas como entidade familiar. **Anais do Seminário Científico do UNIFACIG**, n. 5, 2019. Disponível em: http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/1513. Acesso em: 02 abr. 2021.

AZEREDO, C. T. de. **O conceito de família: origem e evolução**. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o#_ftnref1. Acesso em: 02 abr. 2021.

BATISTA, O. R Alienação Parental- a figura do educador como agente inibidor na causa de afetação da criança e do adolescente. **Revista Âmbito Jurídico**. 22 ago. 2016. Disponível em**:** https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/alienacao-parental-a-figura-do-educador-como-agente-inibidor-na-causa-de-afetacao-da-crianca-e-do-adolescente/. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

[1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

_____. **Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BUSCARIOLO, K. G. Os diversos tipos de família no Brasil. **ETIC-Encontro de Iniciação Científica**, v. 15, n. 15, 2019. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7949/67648738. Acesso em: 07 out. 2020.

CAETANO, C.; MARTINS, M. S.; MOTTA, R. C. **Família contemporânea:** estudo de casais sem filhos por opção. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2016000100004. Acesso em: 04 out. 2020.

CERQUEIRA, D.; MOURA, R.; PASINATO, W. **Participação no mercado de trabalho e a violência doméstica contra as mulheres no Brasil**. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2501.pdf. Acesso em: 04 out. 2020.

CORDEIRO, G. F. F. da S.; ANJOS, M. A. dos. Alienação parental com implantação de falsas memórias: a decisão judicial visando ao melhor interesse da criança. In: **XV Jornada de Iniciação Científica e IX Mostra de Iniciação Tecnológica-2019**. 2020. Disponível em: http://eventoscopq.mackenzie.br/index.php/jornada/xvjornada/paper/view/1648/1183. Acesso em: 10 abr. 2021.

COSTA, A. N. **A Lei de alienação parental utilizada nos processos envolvendo denúncias de abuso sexual**. 2020. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14140/1/Alessandra%20Costa%2021551948.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

DIAS, M. B. **Alienação parental:** uma nova lei para um velho problema. 2017. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

_____. **Alienação Parental e a capacidade de odiar**. 22 jul. 2019. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1344/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+e+a+capacidade+de+odiar. Acesso em: 09 out. 2020.

DINIZ, A. C. A síndrome da alienação parental no Brasil: a origem, conceito e consequências. **Revista Vianna Sapiens**, Juiz de Fora, v. 10, n. 2, p. 368-395, jul./dez. 2019. Disponível em: https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/592/342. Acesso em: 09 out. 2020.

FREITAS, E. L. S. X. de. **Alienação Parental e a ofensa ao direito à convivência familiar**. nov. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/77830/alienacao-parental-e-a-ofensa-ao-direito-a-convivencia-familiar. Acesso em: 15 set. 2020.

FROES, T. A. M. **Guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental**. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/341281/guarda-compartilhada-como-forma-de-prevencao-da-alienacao-parental. Acesso em: 11 abr. 2021.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1132-1133.

_____. **Novo curso de direito civil - Direito de Família**. 11. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:754442. Acesso em: 02 abr. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:716276. Acesso em: 01 out. 2020.

HAROLD, G. **Como as brigas dos pais podem afetar as crianças**. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-43592582. Acesso em: 01 out. 2020.

JONAS, A. **Síndrome de Alienação Parental**: Consequências da alienação parental no âmbito familiar e ações para minimizar os danos no desenvolvimento da criança. 2017. Disponível em: https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1143.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

KIRSCH, L.; FORTES, C. V. S. da J. O Reconhecimento da multiparentalidade sob a ótica do princípio da dignidade humana. **Revista Jurídica – Direito e Cidadania na**

Sociedade Contemporânea, v. 2, n. 1, p. 26-38, 2018. Disponível em: http://revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoecidadania/article/view/3423. Acesso em: 13 mar. 2021.

LEITE, D. E. M.; NETA, M. R. O. Síndrome da alienação parental-SAP: o resultado de uma guerra familiar. **Direito & Realidade**, v. 4, n. 2, 2016. Disponível em: http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/957. Acesso em: 10 abr. 2021

LÔBO, P. **Direito civil:** famílias. 10. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:719243. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. **Direito Civil:** famílias. 11. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:754574. Acesso em: 11 abr. 2021.

LOPES, P. F.; BARROS, R. R. Famílias simultâneas e poliafetivas no direito pós-moderno. **Porto Alegre: IBDFAM/RS**, 2017. Disponível em: http://clovisbarros.adv.br/publicacoes/ARTIGOFAMILIAS.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

MADALENO, A. C.; MADALENO, R. **Síndrome da Alienação Parental:** importância da detecção – aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 42-75.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 46-91.

MALUF, C. A. D; REGO, A. C do. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:627993. Acesso em: 10 abr. 2021.

MARQUES, L. F.; SOUZA, M. S. O processo de guarda compartilhada: uma abordagem sobre a alienação parental. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 214, 2018. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5335/3390. Acesso em: 11 abr. 2021.

MARTINS, L. Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela Justiça Constitucional. **University of Brasília Law Journal (Direito - UnB)**, v. 1, n. 1, p. 721, 2016. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24684/21860. Acesso em: 02 abr. 2021.

MENANDRO, L. M. T. Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social - ENPESS, 16., 2018, Espírito Santo. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Educação de Surdos, 2018. 17 p. Tema: A esterilização cirúrgica de Janaina e o Planejamento Familiar no Brasil. Inclui bibliografia. Disponível em: https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/23224. Acesso em: 5 out. 2020.

NASCIMENTO, M. do R. P. A evolução da família numa perspectiva histórica, legislativa e educacional. **Quaestio- Revista de Estudos em Educação**, Sorocaba, v. 21, n. 1, p. 221-241, jan./abr. 2019. Disponível em: http://periodicos.uniso.br/ojs/index.php/quaestio/article/view/2594/3263. Acesso em: 07 out. 2020.

OLIVEIRA, E. G. *et al.* Família multiparental: considerações sobre seu reconhecimento jurídico no Brasil. **Plataforma de Submissão de Trabalhos e Anais de Eventos da Unicruz**, 2019. Disponível em: http://revistaeletronicaocs.unicruz.edu.br/index.php/trabalhos/article/view/8370/2054. Acesso em: 02 abr. 2021.

PAIVA, C. Z.; SIQUEIRA, D. P. A Contemporaneidade do Direito de Família e Suas Possíveis Fragilidades: Alienação Parental Avanço ou Retrocesso? **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 117-137, jul./dez. 2015. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/395/pdf. Acesso em: 03 out. 2020.

ROSA, C. P. D. **Nova Lei da Guarda Compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580731. Acesso em: 11 abr. 2021.

SILVA, T. A. da C.; VILELLA, B. M. de O. Alienação Parental. **Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v. 2, n. Especial 2, p. 127-131, jul./dez. 2018. Disponível em: http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/ALIENA%C3%87%C3%83O%20PARENTAL.pdf. Acesso em: 09 out. 2020.

SOUZA, P. V. N. C. S. de. A família do direito e a família no direito. **Revista Ius Gentium**, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 74-96, maio/ago. 2019. Disponível em: https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/488/355. Acesso em: 07 out. 2020.

TASSEMEIER, A. de F. O. **Alienação Parental Lei 12.318/2010 e a "Guarda Compartilhada" –** Uma possível redução na probabilidade da desqualificação da conduta dos genitores na separação em relação aos filhos. 2020. Disponível em: https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6385/TCC%20Adriana%20de

%20Fatima%20Oliveira%20Tassemeier.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 07 out. 2020.

VENOSA, S. de S. **Direito civil:** família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 48-50, 172-173, 220.

VILASBOAS, L. C. O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro. **Revista Artigos.Com**, v.13, p. e2864, 14 jan. 2020. Disponível em: https://acervomais.com.br/index.php/artigos/article/view/2864/1189. Acesso em: 07 out. 2020.

ZORZI, A. P. da C. **Alienação Parental:** uma discussão acerca da Lei 12.318/2010. 2019. Disponível em: http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/1834/1/PF2019AnaPaulaCostaZorzi.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 13.869/2019)

ERICK EDELMAN DOS SANTOS: Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA[190]

RESUMO: As recomendações de pesquisa a seguir apontam as mudanças trazidas pela nova lei de abuso de poder. Essa lei foi substituída por novas disposições legais em 1965, portanto, a lei está desatualizada e tem um significado simbólico. As leis estabelecidas pela Constituição de 1824, Constituição de 1891, Constituição de 1934, Constituição de 1946 e Constituição de 1967 devem ser adotadas para formular métodos históricos de abuso de poder. A Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, tem precedência sobre a última lei da Lei 13.869 / 2019. A fim de reconhecer e apoiar esta pesquisa, pesquisas aprofundadas foram conduzidas sobre as teorias, textos jurídicos e opiniões de alguns representantes legais. Esta pesquisa visa fornecer uma ampla gama de insights sobre este tema e pode ser uma ferramenta de consulta e divulgação.

Palavras – chave: Abuso. Autoridade. Policial.

ABSTRACT: The following research recommendations point to changes brought about by the new abuse of power law. This law was replaced by new legal provisions in 1965, so the law is out of date and has a symbolic meaning. A historical approach to the abuse of authority must be made by the law established by the Constitution of 1824, Constitution of 1891, Constitution of 1934, Constitution of 1946 and Constitution of 1967. Law No. 4,898 of December 9, 1965 was prior to Law 13,869 / 2019 the last law. In order to recognize and support this research, in-depth research was carried out on the doctrines, legal texts and opinions of some legal representatives. This research aims to provide a wide range of insights on this topic, which can become a tool for consultation and dissemination.

Keywords: Abuse. Authority. Cop.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE; 2.1. Lei de Abuso de autoridade anterior a revogação. 3. ATIVIDADE POLICIAL: ASPECTOS JURÍDICOS E LIMITES; 3.1. Polícia e poder de polícia; 3.2. Limites da atividade policial. 4. DO ABUSO DE AUTORIDADE; 4.2. Conceito de abuso de autoridade; 4.2. Da entrada em vigor da nova lei. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

[190] Graduando do Curso em Direito, na Universidade Luterana de Manaus – ULBRA. E-mail:

Além disso, um dos principais pontos da polêmica é que a Lei do Abuso de Poder não criminaliza diretamente determinados atos de violência, especialmente a violência física ou psicológica, que era anteriormente punida pelo Decreto nº 4.898 / 1965, que foi revogado. Esse comportamento ainda é objeto de outras infrações penais no Direito Penal.

Ressalte-se que a nova lei do abuso de poder tem causado muita introspecção no meio jurídico, não tendo sido bem aceita em alguns casos, mas devido à sua vigência recente, ainda não foi reconhecida. Pode-se dizer que tal diploma legal trará avanços ou retrocessos. A Lei nº 13.869 / 2019 dispõe sobre o crime de abuso de poder, que inclui a violação de direitos e garantias fundamentais, especialmente garantias de caráter pessoal, que a doutrina classifica como direitos fundamentais. O abuso de poder é considerado uso ilegal, neste caso o abuso de poder é do seu poder público ou privado, pelo que a nova lei do Abuso de Poder aplicará as sanções administrativas cabíveis independentemente da cidadania ou direitos de cidadania.

No entanto, é importante deixar claro que para ser definido como abuso de poder, o engano deve ser explicitado, ou seja, o engano tem uma motivação certa, intencional e pré-definida e é "abuso", negligência. Portanto, para que exista um crime, o agente deve ter o propósito específico de prejudicar terceiros ou beneficiar a si mesmo ou a terceiros.

O método utilizado neste artigo é um método dedutivo de pesquisa teórica realizada por meio de uma bibliografia, que utiliza os conceitos doutrinários clássicos e modernos do sistema jurídico, relacionados à matéria para abordar o assunto em estudo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE

O abuso de poder é a prova de que a oposição entre liberdade e poder sempre existe, pois em tempos mais distantes, especialmente em termos de poder, como ensina Madeira (2005. p. 339), "[...] Subtraem letalmente direitos humanos básicos " O autor também relata que, nos tempos primitivos, era totalmente livre para fazer leis e adotar seus próprios padrões de justiça judicial. Quando as pessoas usam a força bruta, sobreposta a qualquer outra coisa, elas têm algo que devem fornecer ou satisfazer sua intuição.

Com o passar do tempo, estilos de vida e vidas humanas mudaram, então vem o verdadeiro significado da sociedade e de seu povo seguindo as normas comuns. Com o surgimento da primeira civilização e o surgimento de novas idéias, na mente humana, a visão do poder é fornecer oportunidades para certas pessoas por meio da sabedoria da influência ou autoridade. A força dominante, e às vezes o poder do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

despotismo, marcará a época. Na Roma Antiga, mas para outras, significava perder a liberdade. Esse tipo de opressão se manifestava como a opressão do despotismo e do sistema feudal (MADEIRA, 2005, p. 339).

Já antes da era cristã, Aristóteles havia delineado o sentimento de saída do poder, o que é ilegal para quem está no poder exercer o poder de forma irregular, o que é uma violação da moral e dos bons costumes. Essas autoridades serão tiranas e, uma vez assumidas a responsabilidade, revogarão a lei em vigor e entrarão em conflito com outras leis decretadas no momento da conveniência, o que viola a lei estabelecida (MADEIRA, 2005, p. 339). Hoje em dia, ao abandonar tal ideal filosófico, sua maior ideia, a soma do feito pelo homem (eu acho que sou) torna as pessoas conscientes da existência e acredita que apesar de uma ideologia forte, todos deveriam ter a mesma oportunidade, ele continua exercendo direitos e liberdades e o isolamento do resto do mundo O antigo conceito de regime no liberalismo surgiu no século XVIII na Europa - o Século da Luz (MADEIRA, 2005. p. 339).

De acordo com José Maria Pinheiro Madeira esclarece ainda que:

> [...] buscando-se num passado não muito remoto, o Brasil se viu distante dos direitos emanados da Declaração de 1948, quando os movimentos de 1964 levaram o País à ditadura militar, cujo regime instaurou um governo ficticiamente constitucional, visto que institucionalizou um poder autoritário, com repressão policial e supressão de direitos (MADEIRA, 2005. p. 340).

Segundo Santos (2003. p. 19), ele destacou que a Lei do Abuso de Poder (Lei nº 4.898, art. 9 de dezembro de 1965) fazia parte do período pós-revolucionário de 1964, o que explica porque ele pode dizer que ali é uma ideologia A corrupção que aparece no texto é: "[...] Buscar a moralização dos serviços públicos e a punição dos pequenos abusos. Portanto, nesse sentido, a primeira medida é justamente classificar os crimes não classificados como típicos "

O autor Capez explica que, em termos práticos, de pouca ou de nenhuma repercussão coercitiva resultaram tais medidas, eis que, como sintetiza:

> A Lei de Abuso de Autoridade foi criada em um período autoritário com intuito meramente simbólico, promocional e demagógico. A despeito de pretensamente incriminar os chamados abusos de poder e de ter previsto um procedimento célere, na verdade, cominou penas insignificantes, passíveis de substituição por multa e facilmente alcançáveis pela prescrição [...] (SANTOS, 2003, p. 19).

De acordo com Preussler, a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, não acompanha os tempos, pois é totalmente compatível com os preceitos protetores da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, que é o artigo 3º da Lei de Abuso. A autoridade estipula que qualquer ataque à liberdade de movimento é um abuso de autoridade. Esse bem jurídico também está previsto na Constituição Federal, principalmente nas obras de arte. 5. Chapéus da Magna Carta e itens XV:

> Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens

Apesar das conclusões do famoso autor, deve-se destacar que o principal objetivo da Lei nº 4.898 / 65 é prevenir os abusos de poder, mas as autoridades têm adotado sanções administrativas, civis e criminais e estipulado as medidas necessárias para condenar e proteger o direito dos cidadãos à defesa, no entanto, é extremamente importante a aprovação de uma nova lei, e esta nova lei claramente extingue a Lei nº 4.898 / 65, o artigo 150 § 2º e art. O artigo 350 do Código Penal, a nova Lei do Abuso de Poder, nº 13.869 / 2019, rejeitou 14 cláusulas e algumas cláusulas e parágrafos. O objetivo deste artigo é analisar as novas bases desta nova lei.

Mas antes vamos entender como a lei anterior funcionava.

2.1. Lei de Abuso de autoridade anterior a revogação

Segundo Capez (2011), antes de 2019, a lei do abuso de poder é a mesma que a lei da ditadura militar, e sua finalidade é puramente simbólica, promocional e inflamatória, com apenas multas irrisórias, podendo ser substituída. Antes da promulgação da Lei nº 4.898 em 9 de dezembro de 1965, a Constituição brasileira pode representar oposição ao abuso de poder por parte das autoridades. A Constituição de 1824, a Constituição de 1891 e a Constituição de 1934, a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 e as Emendas da Constituição de 1969 também fizeram provisões. Segundo Filho (2020) a respeito do abuso de poder na constituição anterior à Constituição de 1988, a seguinte revisão histórica se resume da seguinte forma:

Constituição de 1824: Artigo 179. A "Constituição Imperial" garante a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros com base na liberdade, segurança pessoal e patrimonial, da seguinte forma: (...) XXX. Todo cidadão poderá apresentar queixa, reclamação ou petição aos órgãos legislativos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

administrativos por escrito, e ainda expor qualquer violação da Constituição, e exigir da autoridade competente a efetiva responsabilidade pelo infrator; Na Constituição de 1891: Artigo 72. A Constituição garante que brasileiros e estrangeiros residentes no país gozem dos direitos de liberdade, (...) §9- Quem pode representar o poder público por meio de petições, condena abusos das autoridades e responsabiliza os criminosos.

Constituição de 1934: Artigo 113. A Constituição garante a inviolabilidade dos direitos relativos à liberdade, sobrevivência, segurança pessoal e patrimonial aos brasileiros e estrangeiros residentes no país: permitindo que qualquer pessoa represente autoridades públicas com petições para condenar as abusos de autoridades e promover sua responsabilidade. Na Constituição de 1946: Artigo 141- A Constituição garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal e aos direitos patrimoniais são invioláveis nos seguintes domínios: (...) §37- A quem for garantido o direito de se opor ao abuso de poder e promover suas responsabilidades por meio de uma petição dirigida às autoridades públicas.) Garantiram a representação contra o abuso de poder.

Citando a Constituição de 1967: Artigo 150- A Constituição garante que os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil gozem dos direitos relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, e seu significado é o seguinte: Proteção dos direitos de qualquer pessoa Direitos defender direitos ou impedir abuso de poder a representantes de instituições públicas e petições (PREUSSLER, 2007, p. 05). No entanto, só em 2019 foi promulgada a "Lei do Abuso de Poder" durante o regime militar, que é um dos meios legais importantes para manter a sua aplicabilidade. A Lei 4.898, de 1965, estabelece em suas cláusulas que a violação dos direitos legais e a proteção do exercício profissional constituem abuso de poder.

No entanto, a lei parece ser de difícil aplicação na prática, e alguns de seus dispositivos incluem textos públicos como disse Sabino (2017, p.13), a lei não tem efeito simbólico. [...] O abuso de poder tornou-se um hábito no campo administrativo e na atividade policial, indicando claramente que a Lei nº 4.898 / 65 tem poucos ou nenhum efeito preventivo e punitivo.

O que é considerado irrelevante para o ordenamento jurídico é que, em primeiro lugar, suprime em grande parte os ataques à garantia da liberdade pessoal, como mostra a seguinte explicação:

> [...] Arte é assim mesmo. 4.898/65 Decreto 3. Não há descrição de qualquer comportamento considerado crime. Tudo isso se refere a ataques puros, que são uma tentativa em si. Portanto, é impensável punir alguém com base na tentativa de violação da liberdade de movimento, por exemplo, porque levará a uma

> situação totalmente aberta, sem restrições ou parâmetros, o que agravará evidente insegurança jurídica (NUCCI, 2019, p.189).

Portanto, para a aplicação desta lei, deve haver abuso de poder no exercício de funções públicas, caso contrário, o crime não se enquadrará no disposto na Lei 4.898 / 65. Portanto, considerando que as áreas de administração, direito civil e direito penal são autônomas, os funcionários públicos devem determinar as responsabilidades administrativas do pessoal disciplinado por meio de seus próprios procedimentos administrativos, investigações ou procedimentos disciplinares de acordo com seu Estatuto ou Lei Orgânica. O agente público responde a três perguntas ao mesmo tempo.

Vale ressaltar que o abuso de poder é também uma informação que vaza por pessoal nacional e pelas autoridades responsáveis pela vigilância e escuta telefônica, ações que se desviam de seu propósito e divulgam trechos ou realizam publicidade inadequada fora do âmbito da comunicação geral. A execução secreta pelo tribunal deve constituir crime de abuso de poder (PLANIOL, 2015). Em uma aula em Baltazar (2014), a Lei do Abuso de Poder foi promulgada para criminalizar abusos comuns ou desconhecidos porque abrange crimes que não estão previstos no direito penal ou direito penal especial. "[...] Os métodos nelas especificados são objetivos e abertos, e se complementam nas demais legislações. Essas legislações possuem características mais especiais que criminalizam a conduta de funcionários ou agentes públicos. (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 789).

Segundo Brum (2018), mencionou que com a promulgação da Constituição de 1988, as regras foram determinadas de acordo com os princípios e garantias dos países democráticos, e o objetivo era implementar e fortalecer a prevenção dos abusos de poder existentes na constituição anterior. De acordo com a Emenda Constitucional (CE) nº 45/2004 de Filho (2020) e amplas reformas constitucionais, foram criados o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional de Ministérios Públicos (CNMP), que tinham como objetivo prevenir a judiciário e O desvio e abuso de poder por parte do departamento público da sede administrativa pode impor sanções correspondentes.

No processo de Nucci (2019), somente se o indivíduo puder determinar que a lei penal será aplicável ao indivíduo no futuro a partir da data de sua criação, o indivíduo pode ser protegido de abusos por parte do estado, ao invés de retroativamente aplicado a o comportamento. No entanto, embora a ditadura militar brasileira tenha desaparecido, ela não mudou completamente os métodos de ações repressivas contra o crime, nem mesmo a forma como os governantes atuam perante os cidadãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3. ATIVIDADE POLICIAL: ASPECTOS JURÍDICOS E LIMITES

De acordo com o Capítulo 5 da Constituição Federal de 1988, seus discursos em obras de arte envolviam "a defesa do Estado e do sistema democrático" (denominado Capítulo 3) "do público". 144. Como pesquisador, o aspecto ou elemento da ordem pública, ou seja, a segurança pública, é manter a dignidade correta entre a ordem pública e a segurança pública, e sua função é semelhante ao seu aspecto, elemento e causa. Segundo Amaral (2003, p. 23), a ordem pública limita-se à segurança pública, enquanto o poder policial é sinônimo de segurança coletiva / pública. No entanto, o Estado moderno assumiu novas tarefas, e o conceito de ordem pública passou a envolver a ordem econômica e social, ampliando assim o poder da polícia.

3.1. Polícia e poder de polícia

Conforme definição de Lazzarini (1999, p. 144). Administração pública está relacionada com organizações sociais. O poder de polícia é novamente definido por Amaral (2003. p. 23). Esta é uma "atividade policial geral". Portanto, a polícia é a realização do poder policial, e o poder policial legaliza as ações e a existência da polícia. A polícia não pode ser delegada a particulares porque visa o controle dos direitos e liberdades das pessoas. As pessoas físicas e jurídicas se inspiram nos ideais de interesses comuns, não apenas em seus eventos, incluindo seus bens e atividades.

Considerando o significado de poder policial, há uma dicotomia entre polícia administrativa e polícia judiciária, sendo necessário esclarecer a diferença entre as duas. A Polícia Judiciária rege-se pelas normas do Direito Processual Penal e afeta as pessoas. A polícia administrativa concentra-se no manejo de bens, direitos ou atividades de acordo com os princípios legais do direito administrativo.

3.2. Limites da atividade policial

Como já foi dito, a polícia deve perseguir os ideais do bem comum, ou seja, deve ter em mente o objetivo mais elevado de alcançar uma comunidade administrada de sucesso. No entanto, o poder da polícia não é ilimitado. Fazer ou não fazer alguma coisa é uma procuração da administração pública. Manter a ordem pública é responsabilidade do governo. O departamento de segurança, juntamente com a polícia, como responsável pela administração pública, previne e reprime a polícia para garantir o exercício dos direitos concedidos à polícia pelos cidadãos, incluindo o uso da força e do poder necessários para o exercício adequado dos seus direitos para restaurar a paz e a tranquilidade pública quando necessário.

No entanto, o exercício deste privilégio não permite à polícia abusar, exagerar ou abusar do poder que lhe foi concedido. Embora as atividades da polícia sejam

discricionárias, o que é essencial para o cumprimento da segurança pública, a conduta da polícia está sempre sujeita ao âmbito da lei.

Comente violência ilegal, arbitrária, aplicável a medidas fora do caso ou que não podem ser tomadas estabelecido de acordo com a lei, ensinar:

> É de todo evidente que as autoridades policiais necessitam de certo arbítrio para poder alcançar seus objetivos e realizar suas funções. Seria fechar os olhos à realidade e torna-las ineficientes impedi-las de assim agir. Mas este arbítrio deve ser exercido dentro dos limites da sua necessidade, sob pena de, ocorrendo o excesso, constituir crime (2001. p. 57).

As garantias constitucionais não impedem a ação policial e os responsáveis pela ordem pública não podem exercer as suas funções e devem ser responsabilizados. Durante a operação policial, um grande número de pessoas foi abordado, algumas delas foram revistadas em busca de veículos e seus direitos de acesso foram restringidos, o que favorece a ordem. Mesmo que o uso da força seja autorizado, a polícia não pode autorizar abusos ou comportamento excessivo. Os policiais devem respeitar os cidadãos e observar os direitos que lhes são conferidos. As restrições aos direitos pessoais e requisitos de garantia violam as ordens estabelecidas e põem em perigo a segurança e a paz social.

4. DO ABUSO DE AUTORIDADE

A recém-aprovada Lei nº 13.869 / 2019 gerou polêmica nas discussões na área do planalto. Além disso, a Associação Brasileira dos Magistrados (AMB) ajuizou Ação Inconstitucional Direta (ADI) ao Supremo Tribunal Federal (STF) para se opor à promulgação do projeto. Segundo informações publicadas na Revista Jurídica Brasileira do Brasil, 18 dos 33 poderes de veto propostos pelos parlamentares para derrubar o presidente Jal Bolsonaro Após o veto, a medida foi tomada com referência à lei. No entanto, antes de estudar a nova lei sobre abuso de poder, vamos dar uma olhada em sua conceituação.

4.2. Conceito de abuso de autoridade

Abuso de poder refere-se à análise do abuso de poder segundo as normas do direito penal, da qual se extrai o abuso de poder. De acordo com a Lei nº 4.898 / 65, seu comportamento típico é considerado crime. Portanto, o abuso de poder inclui o abuso de poder, o uso de conceitos administrativos para definir atos ilícitos no âmbito do crime e da disciplina. Por sua vez, o abuso de poder se manifesta em três

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

configurações específicas, a saber: excesso de poder, abuso de poder ou propósito e omissão:

> Excesso de poder: quando a autoridade competente age além do permitido na legislação, ou seja, atua ultra legem;
>
> Desvio de poder ou de finalidade: quando o ato é praticado por motivos ou com fins diversos dos previstos na legislação, ou seja, contra legem, ainda que buscando seguir a letra da lei, mas onde normalmente ocorre violação de atuação discricionária;
>
> Omissão: quando é verificada a inércia da administração em realizar as suas funções, injustificadamente, havendo violação de seu poder-dever (NOVO, 2019).

Para o desempenho das suas funções, os agentes públicos têm as atribuições previstas na lei. As instituições públicas só podem transmitir conteúdo determinado por lei e conteúdo que não seja proibido por lei. Em outras palavras, além da lei (anti-lei), ele não pode violar a lei (super lei), mas só pode agir de acordo com a lei (a segunda lei). O uso do poder é privilégio do agente público, quando o agente obtém o privilégio de "fazer" atrai "deveres" para agir, este é o chamado dever de poder. Não há sentimento de culpa nos crimes de abuso de poder, pois nesses crimes sempre há a intenção de causar engano, portanto, há sempre uma intenção, uma intenção de causar dano, uma intenção de causar dano nesses crimes.

No entanto, em 5 de setembro de 2019, entrou em vigor a Lei nº 13.869, que dispôs sobre o crime de abuso de poder; alterações à Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, 13 de julho , 1990 Lei nº 8.069 do Japão e Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994; e revogar a Lei nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965 e Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 ("Código Penal").

4.2. Da entrada em vigor da nova lei

Devido ao impacto da nova Lei do Abuso de Energia, os legisladores decidiram estabelecer um período flexível de 120 dias para entender a lei antes de sua entrada em vigor. Portanto, de acordo com o artigo 8º da "Lei Complementar nº 95/98", a educação deve indicar claramente a linguagem da lei e considerar um prazo razoável para publicação. A cláusula "entra em vigor na data de sua edição."

O presidente Jair Bolsonaro aprovou 18 atos criminosos acerca do abuso de autoridade. Ao tratar da matéria do abuso de autoridade no âmbito policial, a lei 13.869/19 em consonância com o dispositivo Constitucional estabelece que:

> O agente, ao executar a prisão, identifique-se, assim como quem conduzir o interrogatório (art. 5º, LXIV). Por questão absolutamente natural, surge o tipo penal incriminador: "art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função". O tipo penal encontra-se em perfeita harmonia com a norma constitucional (NUCCI, 2020).

Segundo Mezacasa (2020, p.18), ainda na nova Lei do Abuso de Poder, o abuso de poder pode ser aplicado à polícia, as circunstâncias específicas são as seguintes:

> Não se identifique como policial durante o interrogatório; interrogar à noite (exceção: abertamente ou concordar); impedir que o prisioneiro se encontre com o advogado; impedir que o prisioneiro, réu ou investigador tenha seu advogado presente durante a audiência e comunicação com ele; formalmente apresentar as acusações públicas anteriores; prisão por lei fora da situação legal; lei de direção obrigatória sem aviso prévio; Prisioneiros constrangidos se exibem por curiosidade; constrangem prisioneiros e os embaraçam; constrangem os prisioneiros a testemunharem a si próprios ou a outros; restringir e dispor de pessoas com funções confidenciais; insistir em interrogar aqueles que optam por permanecer em silêncio; forçar alguém a conceder Direito de uso de bens; cumprir ordens de busca e apreensão entre as 21h00 e as 05h00.

Em relação a Mezacasa (2020), ele enfatizou isso quando disse que a lei do abuso de poder cria um clima de desconforto e insegurança entre os funcionários públicos. Eles entendem que esta lei é um ataque judicial aos parlamentares e colocam seu comportamento criminalizado. Por ser o ato investigado como uma retaliação contra terceiro, foi denominado "Lava Jato", o que fez com que as ações praticadas por fatores inerentes fossem amedrontadas e obliteradas.

Para os autores citados, os conceitos de abertura e subjetividade ainda carecem de aplicabilidade jurídica, criando um campo fecundo para punir funcionários públicos. Portanto, os xerifes locais que continuam a escolher livremente não terão medo, a sociedade será mais afetada e os criminosos serão os mais favorecidos, e eles

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

celebrarão uma nova situação de impunidade (MEZACASA, 2020). Não há necessidade de comentar a validade da lei, pois seus procedimentos efetivos ainda não forneceram informações precisas que indiquem que funcionários públicos serão punidos e criminosos promovidos. O objetivo deste tópico é apenas revelar algumas das diferenças apontadas pelos princípios jurídicos e, em seguida, explicar a classificação dos crimes que afetam a atividade criminosa de acordo com a Parte 1, Seção 1 do Código dos Estados Unidos. 869/2019.

Portanto, a Lei nº 13.869 / 2019 criminaliza o crime de abuso de poder por parte de servidores públicos, independentemente de serem ou não servidores públicos, e esses criminosos abusam de seu poder no exercício de seu poder. Além disso, a conduta descrita na lei é que o agente atue para uma finalidade específica, ou seja, abuso de poder, com a finalidade de prejudicar terceiros ou beneficiar-se ou a outrem, ou de satisfação puramente arbitrária ou pessoal. Segundo Bezerra (2019), a polarização das legislações e políticas nacionais pode ser vista de relance. Por outro lado, alguns juízes, promotores e policiais se opõem à lei, alegando que suas atividades profissionais são restritas. Por outro lado, os profissionais do direito vêm tentando atualizar e aperfeiçoar a antiga lei de 1965, e esclarecer os benefícios dos dispositivos legais à cidadania, da seguinte forma:

> [...] diante de uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, soa ingênuo apostarmos que mais uma medida simbólica, como tantas outras, seria capaz de mudar esse déficit democrático do nosso sistema de Justiça. A reforma processual capaz de retirar das autoridades judiciárias poderes absolutos e instituir, finalmente, o sistema acusatório no processo penal brasileiro, retirando sua matriz inquisitorial, perpassa por questões mais complexas e a mudança de toda uma cultura jurídica (BEZERRA, 2019, p. 1).

No artigo 4º, mais dez hipóteses de abuso de autoridade descrevendo condutas tanto comissivas quando omissivas. vejamos:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Portanto, a nova lei de abuso de poder é um fator ainda desconhecido a ser discutido, pois se a lei já havia favorecido a polícia antes, abrirá torcedores para restringir os poderes da polícia hoje. Portanto, é preciso levantar essa questão e levar o povo em consideração Opinião, porque o poder vem do povo.

5. CONCLUSÃO

Ao estudar a evolução do crime de abuso de poder, descobri que mesmo antes de Aristóteles esboçar os preconceitos da era cristã, quando os tiranos estavam no poder, eles o usavam por conveniência pessoal. Hoje, o liberalismo terminou na Europa no século 18 com a Revolução Francesa de 1789. O problema ocorre no novo ambiente mundial, pois vai trazer justiça ao mundo, por exemplo, dar inspiração para a humanidade.

O Brasil ainda está longe dos direitos conferidos pela Declaração de 1948. O movimento de 1964 levou o país a entrar em um período de ditadura militar. O autoritarismo foi afetado pelos direitos repressivos e pela repressão policial e cumpriu a Lei do Abuso de Poder. " . Embora algumas pessoas digam que a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, é utilizada apenas para fins simbólicos, promocionais e de desmagnetização, ela é totalmente simétrica aos princípios protetores da Constituição de 1988 para evitar que as autoridades abusem de seu poder durante os exercícios. Por outras palavras, a aprovação de sanções de natureza administrativa, civil e penal prevê a necessária condenação e garante o direito dos cidadãos à defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Até 2019, a Lei nº 4.898 / 65 regulamentava de forma abrangente o crime de abuso de poder. Portanto, os atos violentos cometidos durante o funcionamento ou a pretexto de funcionamento devem cumprir um dos números estipulados por estas leis. De acordo com o artigo 1º, tanto os servidores públicos quanto os não-públicos abusam de seu poder no exercício de suas funções ou para o fim de exercício de suas funções. Além disso, um dos principais pontos da polêmica é que a Lei do Abuso de Poder não criminaliza diretamente determinados atos de violência, especialmente a violência física ou psicológica, que era anteriormente punida pelo Decreto nº 4.898 / 1965, que foi revogado. Ressalte-se que a nova lei do abuso de poder tem causado muita introspeção no meio jurídico, e em alguns casos não foi bem aceita, mas devido à sua recente eficácia, ainda não é possível afirmar tal diploma legal.

6. REFERÊNCIAS

BEZERRA, André Augusto Salvador. **Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal.** Caderno de Jurisprudência. Ano 27 - nº 323 - Outubro/2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Boletim-IBCCRIM_n.323.pdf. Acesso em out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade;** altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em out. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial: lei de imprensa: crimes hediondos: abuso de autoridade: sonegação fiscal: tortura**: terrorismo. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, **Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. Nova Lei de Abuso de Autoridade** (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de Polícia Judiciária. São Paulo: Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira.

MEZACASA Douglas Santos. **A lei 13.869/2019 e a atuação receosa das autoridades públicas.** Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. Disponível em: https://www.finersistemas.com/atenaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/33081. Acesso em out. de 2020.

MADEIRA, José Maria Pinheiro et al. **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

RODRIGUES, luzirene azevedo. As alterações na Lei de Abuso de Autoridade 13.869/2019 no âmbito da polícia: avanços e retrocessos Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 11 out 2020. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54643/as-alteraes-na-lei-de-abuso-de-autoridade-13-869-2019-no-mbito-da-polcia-avanos-e-retrocessos. Acesso em: 11 out 2020.

SANTOS, Paulo Fernando dos. **Crimes de Abuso de Autoridade: Aspectos jurídicos da Lei n. 4.898/65.** São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2003.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **A novíssima e polêmica lei de abuso de autoridade: modificações, avanços, retrocessos e erros primários.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5915, 11 set. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/76428. Acesso em: 11 out. 2020.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Paradigmas para uma crítica ao delito de abuso de autoridade.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br//ex/doutrinas/arquivos/131107.pdf>. Acesso em 07out. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

PUBLICIDADE E MARKETING PARA ADVOGADOS: UMA COMPARAÇÃO CRÍTICA ENTRE OS CÓDIGOS DE ÉTICA DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

ANA CARLA MELO ARAÚJO:
Acadêmica de Direito da Universidade Estadual do Maranhão

RESUMO: o objetivo do presente trabalho é analisar se há possíveis contribuições da legislação estadunidense sobre publicidade e propaganda na advocacia para o regramento atual do Código de Ética da OAB. O problema gira em torno da legislação brasileira sobre o tema que está na iminência de uma modificação e modelos estrangeiros poderiam ser utilizados como referência para tal. A metodologia utilizada foi a bibliográfica. As hipóteses levantadas foram se o regramento americano tem algo a oferecer ao brasileiro, quais regras e de que forma se aplicariam.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade; advocacia; direito comparado; ABA; OAB.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, a OAB seccional Bahia publicou uma foto na sua conta oficial do *instagram* alertando para possíveis violações do código de ética da OAB no uso de máscaras com logotipos de escritórios.191 A publicação gerou críticas e fomentou o debate sobre os limites impostos para publicidade da advocacia brasileira, comumente considerados abusivos e não condizentes com os dias atuais. O próprio Conselho Federal da OAB, em setembro de 2019, abriu consulta pública sobre "os limites da publicidade na advocacia", visando ouvir os advogados por meio de um questionário, com o objetivo de coletar informações e sugestões para uma possível atualização dos regramentos em vigor (Provimento 94/2000 e o Código de Ética e Disciplina).192

Tendo em vista o contexto descrito, o presente trabalho se propõe a fazer uma análise de direito comparado entre o regramento vigente no direito estadunidense, cujas regras disciplinando a publicidade de advogados e escritórios são bem mais brandas e permissivas, e o regramento brasileiro atual acerca das mesmas regras. Tem-se como objetivo elencar semelhanças e diferenças entre os códigos, e refletir criticamente se o modelo norte-americano tem exemplos benéficos a oferecer para o modelo nacional.

191 Disponível em: <https://www.metro1.com.br/noticias/bahia/94974,uso-de-mascaras-com-marca-de-escritorios-pode-gerar-punicao-a-advogados-diz-oab-ba> Acesso em: 25/10/2020.

192Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57508/oab-abre-consulta-publica-para-classe-sobre-publicidade-na-advocacia>. Acesso em 25/10/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, fazendo-se o uso e a leitura de artigos sobre o tema, bem como a complementação dos conhecimentos através de notícias e interpretação da legislação pertinente, além de analisar certas decisões dos dois órgãos de controle da advocacia.

No mais, o presente texto pode ser utilizado por todos os estudantes de direito, advogados e demais pessoas interessadas que pretendem obter mais informações ou formar uma opinião sobre o tema. Tentou-se montar um ponto de partida para fomentar o debate acerca da questão, trazendo um exemplo contrastante de regramento sobre a publicidade e marketing para advogados legalmente inscritos.

2. SOBRE OS CÓDIGOS DE ÉTICA DA PROFISSÃO DE ADVOGADO NO BRASIL E NOS EUA

2.1 ABA e OAB

No Brasil, a profissão de advogado é totalmente regulamentada e autorizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que é "um serviço público independente, que tem funções institucionais [...], e funções sindicais [...]" (LIMA, 2008). O embrião do que viria se tornar hoje a Ordem dos Advogados do Brasil, o IAB (Instituto dos Advogados do Brasil) foi criado em 1843, quando os cursos jurídicos começaram a surgir no país, recém independente da metrópole Portugal. Sobre o IAB, ARAUJO (2011) discorre:

> No espírito de ser apenas um mediador para a criação da Ordem dos Advogados Brasileiros é que o Instituto dos Advogados Brasileiros foi criado. Tanto é que em seu estatuto constava ser seu objetivo social a organização da Ordem dos Advogados do Brasil. [...] O Instituto dos Advogados Brasileiros era formado por um seleto grupo de advogados, tanto concludentes das primeiras turmas dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, como provenientes das Universidades Européias, especialmente de Coimbra. [...] O Instituto dos Advogados Brasileiros muito contribuiu para a organização legislativa e judiciária do país, como por exemplo, na elaboração e exame crítico de projetos de leis e alterações constitucionais. (ARAUJO, 2011)

Apesar dos avanços trazidos pelo IAB na cena organizacional da carreira de advogado no Brasil, foi apenas em 1930, num contexto de crise da economia cafeeira e da revolução de 30 que levou Vargas ao poder, que o Decreto de nº 19.408, que autorizou a criação da Ordem, foi aprovado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Logo após sua criação, o presidente do IAB, Levi Carneiro, nomeou comissão para elaboração do anteprojeto do Regulamento da OAB [...] Em 14 de dezembro de 1931, pelo Decreto 20.784, o referido Regulamento foi aprovado pelo Governo Provisório. Em pouco mais de um ano da aprovação do Regulamento pelo Governo Provisório, foi aprovado o seu Regimento Interno. No dia 25 de julho de 1934 foi aprovado, para viger a partir de 15 de novembro do mesmo ano, o Código de Ética da Ordem. (ARAUJO, 2011)

Essa legislação ficou vigente para regulamentar a OAB e a profissão de advogado até a sanção da Lei de nº 4.215, em 1963, que por sua vez foi revogada pela Lei nº 8.906, de 1994, a Lei do Estatuto da Advocacia, que rege a matéria até a atualidade. No Estatuto são regulamentadas diversas matérias, como a organização funcional da OAB, deveres e direitos do Advogado, cobrança de honorários, entre outros. A OAB é dividida em Conselho Federal, órgão supremo da Ordem, cuja sede fica no Distrito Federal; Conselhos Seccionais, órgãos que tem jurisdição sobre os Estados da Federação; Subseções, órgãos autônomos do Conselho Seccional; e as Caixas de Assistência dos Advogados, que devem existir em Conselhos Seccionais com mais de 1.500 inscritos (BRASIL, 1994).

Nos Estados Unidos da América, a profissão de advogado funciona da seguinte forma: quem autoriza e regulamenta a profissão de advogado são associações profissionais de advogados chamadas *bar associations.* Cada jurisdição (estado ou distrito estatal) tem a sua própria associação, com seu próprio modelo de avaliação e certificação, e a permissão para advogar é válida apenas na jurisdição da associação em que a pessoa é admitida (WIKIPÉDIA, 2020):

> A bar association is a professional association of lawyers as generally organized in countries following the Anglo-American types of jurisprudence. The word bar is derived from the old English/European custom of using a physical railing to separate the area in which court business is done from the viewing area for the general public. Some bar associations are responsible for the regulation of the legal profession in their jurisdiction; others are professional organizations dedicated to serving their members; in many cases, they are both. In many Commonwealth jurisdictions, the bar association comprises lawyers who are qualified as barristers or advocates in particular, versus solicitors (see

> bar council). Membership in bar associations may be mandatory or optional for practicing attorneys, depending on jurisdiction. (WIKIPÉDIA, 2020)

O advogado pode ser obrigado a ser membro afiliado da sua associação estatal para exercer a profissão ou não; alguns precisam apenas passar nos exames de admissibilidade, isso também varia de estado para estado. Toda a regulamentação da advocacia é feita por essas associações estatais, não existindo uma *Bar association* obrigatória federal. Concomitante às *Bar Associations* obrigatórias dos estados, existem instituições de advogados (e de outras profissões legais) privadas e voluntárias. Essas corporações existem em níveis federal e estadual e outros níveis de organização territorial, e também podem estar divididas em áreas de atuação (associação para advogados criminalistas, ou civilistas, etc.) ou em interesses étnicos comuns (há organizações para advogados negros, outras para advogados hispânicos, por exemplo) (WIKIPÉDIA, 2020). O campo é muito diverso visto que se tratam de associações privativas, imperando a autonomia da vontade.

Tendo em vista que o estudo minucioso de cada uma das *Bar Associations* estatais foge do tema do presente artigo, além de ser infinitamente extenso, será utilizada como parâmetro para efeito de comparação a ABA (American Bar Association), mais antiga instituição privada de advogados que atua a nível federal. Foi fundada em agosto de 1878, e atualmente tem mais de 400.000 inscritos, sendo a maior associação privada de advogados dos EUA e do mundo (LAW, 2020). O número de inscritos, entretanto, representava menos de 15% do total de advogados ativos no país em 2017 (LAWYER LEGION, 2020). A escolha dessa organização em específico também se deu pelo seu código de ética, que serve de modelo para códigos de ética profissional de diversos estados americanos:

> The American Bar Association (ABA) is a nationwide voluntary professional association of attorneys. Its headquarters are in Chicago, Illinois, and it maintains an office in Washington, D.C. The ABA is a tax-exempt business league. The ABA provides resources for legal professionals, accredits law schools, establishes a code of ethics, and publishes both scholarly and professional materials. The ABA also advocates for legislation and policy. According to the ABA website, the association's advocacy priorities include access to legal services, immigration reform, independence of the judiciary, international rule of law, national security, and civil liberties. (THE BALLOTPEDIA, 2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> The American Bar Association (ABA) is the largest voluntary organization of lawyers and law students in the United States and the world. The professional organization was founded on August 21, 1878, in Saratoga Springs, N.Y., by 100 lawyers from 21 states. At that meeting, the purpose of the organization was defined as "the advancement of the science of jurisprudence, thepromotion of the administration of justice, and a uniformity of legislation throughout this country." Today, the ABA is known for providing a wide range of services to its members, setting academic standards for law schools, and developing model ethical rules for the legal profession. The ABA created and maintains the Model Code of Professional Responsibility. Several versions of the Model Code of Professional Responsibility have been adopted by 49 states and the District of Columbia. Although the State of California, for example, did not adopt the model rules, several sections of the California Rules of Professional Conduct closely follow the ABA version. To encourage uniformity of statutes and judicial decisions to promote the fair administration of justice, the ABA created the American Law Institute (ALI) and the Conference of Commissioners on Uniform State Laws. (LAWYER LEGION, 2020)

2.2 REGRAMENTOS SOBRE PUBLICIDADE: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

No Brasil, a questão da publicidade para advogados está disciplinada nos 10 artigos que compõem o Capítulo VIII – Da Publicidade Profissional, do Código de Ética e Disciplina da OAB, e pelo Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal (OAB, 2015).

A publicidade para advogados é permitida e totalmente legal para advogados no Brasil, porém, deve ter caráter meramente informativo, ser sóbria e discreta (art. 39). Esse princípio vem enumerado logo no primeiro artigo do capítulo não por acaso, visto que ele rege toda a matéria subsequente de publicidade na advocacia. Esses parâmetros servem para evitar a prática de marketing voltado para a captação de clientes e a consequente mercantilização da advocacia. O art. 2 do Provimento 94/2000 traz o conceito de "publicidade informativa", citado no art. 39 do Código de Ética, e mais adiante, lista os procedimentos publicitários permitidos (OAB, 2000):

> Art. 2º Entende-se por publicidade informativa:

a) a identificação pessoal e curricular do advogado ou da sociedade de advogados;

b) o número da inscrição do advogado ou do registro da sociedade;

c) o endereço do escritório principal e das filiais, telefones, fax e endereços eletrônicos;

d) as áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial;

e) o diploma de bacharel em direito, títulos acadêmicos e qualificações profissionais obtidos em estabelecimentos reconhecidos, relativos à profissão de advogado

(art. 29, §§ 1º e 2º, do Código de Ética e Disciplina);

f) a indicação das associações culturais e científicas de que faça parte o advogado ou a sociedade de advogados;

g) os nomes e os nomes sociais dos advogados integrados ao escritório;(NR. Ver Provimento n. 172/2016)

h) o horário de atendimento ao público;

i) os idiomas falados ou escritos.

Art. 3º São meios lícitos de publicidade da advocacia:

a) a utilização de cartões de visita e de apresentação do escritório, contendo, exclusivamente, informações objetivas;

b) a placa identificativa do escritório, afixada no local onde se encontra instalado;

c) o anúncio do escritório em listas de telefone e análogas;

d) a comunicação de mudança de endereço e de alteração de outros dados de identificação do escritório nos diversos meios de comunicação escrita, assim como por meio de mala-direta aos colegas e aos clientes cadastrados;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e) a menção da condição de advogado e, se for o caso, do ramo de atuação, em anuários profissionais, nacionais ou estrangeiros;

f) a divulgação das informações objetivas, relativas ao advogado ou à sociedade de advogados, com modicidade, nos meios de comunicação escrita e eletrônica.

§ 1º A publicidade deve ser realizada com discrição e moderação, observado o disposto nos arts. 28, 30 e 31 do Código de Ética e Disciplina.

§ 2º As malas-diretas e os cartões de apresentação só podem ser fornecidos a colegas, clientes ou a pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente.

§ 3º Os anúncios de publicidade de serviços de advocacia devem sempre indicar o nome ou o nome social do advogado ou da sociedade de advogados com o respectivo número de inscrição ou de registro; devem, também, ser redigidos em português ou, se em outro idioma, fazer-se acompanhar da respectiva tradução. (NR. Ver Provimento n. 172/2016)

Os artigos 40 e 42 do Código de Ética trazem algumas vedações expressas no exercício do marketing jurídico:

Art. 40. Os meios utilizados para a publicidade profissional hão de ser compatíveis com a diretriz estabelecida no artigo anterior, sendo vedados:

I – a veiculação da publicidade por meio de rádio, cinema e televisão;

II – o uso de outdoors, painéis luminosos ou formas assemelhadas de publicidade;

III – as inscrições em muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público;

IV – a divulgação de serviços de advocacia juntamente com a de outras atividades ou a indicação de vínculos entre uns e outras;

V – o fornecimento de dados de contato, como endereço e telefone, em colunas ou artigos literários, culturais, acadêmicos ou jurídicos, publicados na imprensa, bem assim quando de eventual participação em programas de rádio ou televisão, ou em veiculação de matérias pela internet, sendo permitida a referência a e-mail;

VI – a utilização de mala direta, a distribuição de panfletos ou formas assemelhadas de publicidade, com o intuito de captação de clientela.

Parágrafo único. Exclusivamente para fins de identificação dos escritórios de advocacia, é permitida a utilização de placas, painéis luminosos e inscrições em suas fachadas, desde que respeitadas as diretrizes previstas no artigo 39.
Art. 42. É vedado ao advogado:

I – responder com habitualidade a consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social;

II – debater, em qualquer meio de comunicação, causa sob o patrocínio de outro advogado;

III – abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega;

IV – divulgar ou deixar que sejam divulgadas listas de clientes e demandas;

V – insinuar-se para reportagens e declarações públicas.

Os artigos seguintes versam sobre pormenores das proibições acima citadas. O art. 46 enuncia que as regras dispostas no capítulo se aplicam igualmente à publicidade veiculada na internet, que pode ser utilizada, desde que não tenha a finalidade de atrair clientela.

O último artigo do capítulo, art. 47-A, coloca como possibilidade a edição de Termo de Ajustamento de Conduta entre as Seccionais Estaduais e o Conselho Federal para advogados e estagiários que descumprirem as regras relativas à publicidade, ou seja, o descumprimento das regras sobre propaganda na advocacia constitui infração punível por censura, podendo ser substituída por advertência (EDUQ OAB, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Já no sistema americano, o material utilizado para o presente estudo comparado, o *Model Rules of Professional Conduct - Table of Contents*, editado pela ABA, e utilizado como fonte estatutária por *bar associations* em todo o território norte americano (ABA, 2018), fala sobre publicidade e propaganda por parte de advogados (*marketing and advertisement*) na seção 8 - *Information About Legal Services.* Destaca-se que, recentemente os termos *publicity, marketing e advertisement* foram substituídos por information (informação) ou communication (comunicação) sobre serviços legais (ABA, 2018). A mudança foi realizada para que as regras pudessem ser aplicadas em uma maior amplitude de situações. Todas os casos referentes a informação ou comunicação sobre serviços legais é em tese regida por essa seção de *contents,* e não apenas as restritas a propaganda ou publicidade para captação de clientes.

Assim como o ordenamento brasileiro, a seção 8 do regramento da ABA inicia-se com uma regra que vale como princípio geral para o tema:

> Rule 7.1: Communications Concerning a Lawyer's Services
>
> Information About Legal Services
>
> A lawyer shall not make a false or misleading communication about the lawyer or the lawyer's services. A communication is false or misleading if it contains a material misrepresentation of fact or law, or omits a fact necessary to make the statement considered as a whole not materially misleading.

A regra diz que é proibido ao advogado se utilizar de uma comunicação que seja "falsa ou enganadora" ao anunciar advogados ou serviços oferecidos. Em seguida há a definição de comunicação falsa ou enganadora: é aquela que contém uma interpretação materialmente errônea de um fato ou da lei, ou que omite um fato que seja necessário para que a comunicação não seja considerada materialmente enganadora.

Nos EUA, a publicidade (*commercial speech*) é constitucionalmente protegida pela 1ª Emenda, que resguarda o direito à liberdade de expressão193. A publicidade

193 *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_(1791). Acesso em 10 de dez de 2020.*

de serviços legais se encaixa nessa categoria, e por lógica, recebe a mesma proteção. Por isso, encontra-se um panorama muito mais brando em relação ao que se é proibido fazer em relação ao regramento brasileiro: *"lawyer advertising is commercial speech and entitled to First Amendment protection. But the Court also said that a state could prohibit false, deceptive, or misleading ads, and that other regulation may be permissible (ABA, 2018)."*

A regra é proibir apenas os excessos evidentemente ilegais e prejudiciais para a coletividade (abordagens falsas ou enganosas). Não existe o impulso de coibir a mercantilização da advocacia, e é plenamente permitido utilizar instrumentos publicitários para captação de clientes. Uma grande diferença é que não há uma proibição de práticas, como ocorre no Brasil, mas sim de conteúdo prejudicial dentro das práticas.

A regra 7.2 é explicita ao permitir publicidade de advogados ou serviços legais em qualquer tipo de veículo, sem restrições de forma:

> Rule 7.2: Communications Concerning a Lawyer's Services: Specific Rules
>
> (a) A lawyer may communicate information regarding the lawyer's services through any media.

A segunda parte da regra proíbe que um advogado recompense com qualquer coisa de valor pecuniário pessoa que recomende seus serviços a terceiros. Entretanto, há diversas situações que fazem exceção à regra, como por exemplo, se o advogado estiver pagando por um serviço de propaganda dos seus serviços, desde de que seja em valor razoável. Ou seja, é permitido a contratação de publicitários e empresas de propaganda para anunciar seus serviços legais.

A regra também estabelece diretrizes para que se possa anunciar que um advogado é especialista em determinada área do direito. Para se fazer isto, o advogado deve ter diploma legal e válido comprovando a sua especificação, emitido por instituição credenciada nas *bar associations* dos estados ou distritos estatais ou pela própria ABA, e o nome da instituição deve estar explícito no anúncio. A parte final da regra elucida que toda comunicação deve apresentar nome e informação de contato de pelo menos um advogado ou escritório de advocacia responsável pelo seu conteúdo.

Como se percebe, não há grandes restrições, apenas recomendações para que se evite abusos. A pormenorização das demais regras da seção se faz desnecessária ao tema do presente artigo, por isso será feito apenas um breve resumo: a regra 7.3 fala

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sobre comunicação em relação a solicitar emprego para um advogado, as regras 7.4 e 7.5 foram revogadas e a regra 7.6 proíbe que advogados que façam contribuições políticas aceitem encontros ou compromissos legais solicitados pelo governo por meio de juízes.

Recentemente, a seção teve seu conteúdo modificado, e nesse processo, duas regras foram revogadas, com a justificativa de simplificar o regramento, e permitir maior e mais fácil aplicabilidade do modelo pelos estados e distritos estatais, além de compatibilizar as orientações com o princípio da liberdade de expressão. Comenta ABA (2018):

> The American Bar Association is the leader in promulgating rules for regulating the professional conduct of lawyers. For decades, American jurisdictions have adopted provisions consistent with the Model Rules of Professional Conduct, relying on the ABA's expertise, knowledge, and guidance. In lawyer advertising, however, a dizzying number of state variations exist. This breathtaking variety makes compliance by lawyers who seek to represent clients in multiple jurisdictions unnecessarily complex, and burdens bar regulators with enforcing prohibitions on practices that are not truly harmful to the public. This patchwork of advertising rules runs counter to three trends that call for simplicity and uniformity in the regulation of lawyer advertising (ABA, 2018)

Como se pode perceber, uma das únicas semelhanças entre os dois códigos é o posicionamento do princípio regedor da publicidade na advocacia no primeiro artigo da respectiva seção/capítulo. Exemplifica-se agora, para fins de ilustração, algumas práticas proibidas pela OAB, mas permitidas pela ABA:

Comercial de TV (foto 1)194

Outdoor (Fotos 2 e 3) 195

Impressão em ônibus (foto 4)196

194 *Disponível em: https://www.google.com/imgres?imgurl=https%3A%2F%2Fi.ytimg.com%2Fvi%2Fh21F6TgKpk0%2Fmaxresdefault.jpg&imgrefurl=https%3A%2F%2Fwww.youtube.com%2Fwatch%3Fv%3Dh21F6TgKpk0&tbnid=iY5Leva7E4MmzM&vet=12ahUKEwiD78L02svtAhUPMrkGHWB3CAIQMygEegUIARCiAQ..i&docid=90avC8vwc4ThOM&w=1280&h=720&q=law%20firm%20advertisement%20tv&ved=2ahUKEwiD78L02svtAhUPMrkGHWB3CAIQMygEegUIARCiAQ*

195 *Disponível em: http://oliveroutdoor.com/2016/10/shrager-law-firm/ e https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2F1800criminal.com%2Flawyers-media-page%2Foutdoor-ads%2F&psig=AOvVaw1nl-nL2mQauUjJGoMLj7DF&ust=1607974830452000&source=images&cd=vfe&ved=0CAIQjRxqFwoTCNj47pzby-0CFQAAAAAdAAAAABAK*

196 Disponível em: https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Ftucson.com%2Fnews%2Flocal%2Fcolumnists%2Fsteller%2Fsteller-non-lawyer-gets-tucson-firm-in-hot-water%2Farticle_73c87895-b3a6-5f36-8830-30211d264cf4.html&psig=AOvVaw3HYay--VTX0Epb-

Anúncio com impulsionamento pago em rede social – Facebook (foto 5)197

3. A VIABILIDADE DE IMPORTAÇÃO DO MODELO AMERICANO PARA A REALIDADE BRASILEIRA: CRÍTICA, DESAFIOS E POSSIBILIDADES

O Código de Ética da OAB é claro sobre o posicionamento que adota: a publicidade deve ter caráter exclusivamente informativo, a mercantilização da advocacia e a publicidade para atrair clientela é expressamente proibida. Esta, entretanto, não é uma posição que agrade a todos os integrantes da classe. Nas palavras de PEREIRA (2019):

> Não se pode confundir a divulgação do direito dos cidadãos com a mercantilização, pois a experiência demonstra que a população tem sido sistematicamente lesada por empresas e indivíduos mal-intencionados, justamente por desconhecer os mecanismos que podem lhe proteger. Mostra-se ultrapassada a pregação de que a advocacia seja uma atividade unicamente social e honorífica, pois os advogados não pagam os seus compromissos nem sustentam suas famílias com energia solar. O resultado da falta de orientação financeira e da

29qiVnV&ust=1607974947591000&source=images&cd=vfe&ved=0CAIQjRxqFwoTCLjEtdvby-0CFQAAAAAdAAAAABAP

197 *Disponível em: https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fwww.eloa.org%2Flawyer-facebook-advertising%2F&psig=AOvVaw0DbKepbFjPWPTanA1agwvf&ust=1607975139053000&source=images&cd=vfe&ved=0CAIQjRxqFwoTCKiMiK3cy-0CFQAAAAAdAAAAABAP*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> visão pejorativa e distorcida do termo "mercantilização da advocacia", são os milhares de advogados que estão simplesmente abandonando a profissão – tendo, ainda, a inadimplência da anuidade da OAB atingido nível inimaginável. (PEREIRA, 2019)

RÉQUIA (2019) também opina:

> Nos Estados Unidos, por exemplo, assim como ocorre em outros países, é comum nos depararmos com vários outdoors com publicidade de escritórios de advocacia. Vamos além. Há publicidade em rádio e televisão, algo surreal no contexto brasileiro. Isso ocorre porque a advocacia em outros países é vista como uma profissão semelhante às outras, ou melhor, como um empreendimento que, para alavancar, necessita de divulgação.
>
> Manter as regras vigentes é uma forma de limitar a atuação dos advogados e de fazer reserva de mercado não abrindo para a concorrência de novos profissionais. Afinal, vivemos em uma sociedade conectada. As redes sociais revolucionaram a maneira como a sociedade se relaciona. Hoje, as pessoas enxergam o mundo com o auxílio da tecnologia, e com a integração da rede social. Limitar o uso dessa e de outras ferramentas é declarar a falência da advocacia ali na frente.
>
> É necessário que toda a categoria entenda que passou o tempo da advocacia tradicional, em que os filhos herdavam o escritório e os clientes, consequentemente. Hoje, a oferta só se estabelecerá a quem for visto e souber se vender, dentro dos artifícios que a atualidade impõe. Fechar os olhos para a comunicação, para as redes sociais e para os métodos de impulsionamento é estar vendo o futuro acontecer e ficar de braços cruzados, em razão do tradicionalismo exagerado e impregnado que a cultura da atividade advocatícia carrega. (RÉQUIA, 2019)

Por conta de discussões dentro da categoria e a necessidade de atualização da legislação sobre o tema no tocante às novíssimas tecnologias de informação (redes sociais), a OAB abriu consulta pública para seus membros para o estudo de possíveis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mudanças no código atual. Nesse contexto, existe a possibilidade de considerar a análise do modelo americano como fonte de inovação para o modelo brasileiro.

Brasil e Estados Unidos são países muito diferentes, com contextos históricos e realidades completamente diversos. Logo não seria possível uma importação completa ou em bloco, e nem desejável. A mudança deve ser gradual, de acordo com as características da situação brasileira.

Destaca-se que é perfeitamente possível encontrar um meio termo entre a liberação geral da publicidade estilo ABA, e os regramentos nacionais atuais, mantendo fidelidade à premissa de evitar a mercantilização da advocacia no país, mas permitindo que advogados e escritórios possam anunciar seus serviços de forma ética, como já fazem diversas outras profissões.

Uma crítica muito recorrente que se faz à legislação atual sobre o tema é em relação a imprecisão de termos, como por exemplo, "discrição", "sobriedade", "meramente informativo". Esses são parâmetros subjetivos, que causam brechas na interpretação. Essa pode ser a primeira mudança realizada: regras feitas com redação mais clara, precisa e concisa, sem expressões que causem interpretações subjetivas.

A clareza e ausência de ambiguidade nas redações dos parâmetros pode abrir portas para a permissão de veículos de publicidade atualmente não permitidos. Pode-se permitir propagandas em rádio e tv, assim como acontece com outras profissões liberais (médicos, dentistas, etc), se haver juntamente com a liberação critérios claros e precisos sobre o conteúdo veiculado, técnicas de persuasão, obviamente proibição de propaganda enganosa ou lesiva, etc. Exemplifica-se no caso dos médicos regidos pelos CRMs (Conselhos Regionais de Medicina): a propaganda é permitida, porém os médicos não podem utilizar fotos de antes e depois de pacientes em nenhum tipo de publicidade, pois isso lesionaria os parâmetros éticos da profissão.

Esse mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação a outdoors e cartazes em locais públicos (traseiras de ônibus, bancas de revista, painel digital, etc). É possível fazer anúncios de advogados e escritórios de advocacia sem que haja uso de cores gritantes, menção a preços ou resultados, incentivo à judicialização, entre outras práticas consideradas antiéticas, apenas com nome do escritório, foto dos advogados, menção da área de atuação e serviços prestados, informações de contato, etc. Em relação às redes sociais e demais mídias digitais, o raciocínio deve ser o mesmo. Pode haver a permissão para impulsionamento de publicidade advocatícia desde que não haja apelo sensacionalista no anúncio.

Percebe-se que não é interessante importar o modelo americano do exato jeito que ele é hoje, porém a experiência estadunidense ensina que a advocacia é uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

profissão liberal, que como qualquer outra, necessita utilizar de estratégias de comunicação com o público para prospectar clientes, principalmente para os novos advogados recém ingressos no mercado. A publicidade pode continuar tendo caráter informativo e mesmo assim ser permitida em outras mídias.

Uma característica que pode ser importada das regras da ABA é a edição de princípios que norteiem todas as formas de comunicação do advogado com o cliente, e não somente que seja focado na publicidade e marketing. Isso torna a regra mais abrangente e aplicável em mais cenários possíveis. A comunicação com o cliente envolve comunicação pessoal e individual com uma única pessoa ou empresa e com o público em geral.

Uma vantagem extremamente importante que o modelo brasileiro tem sobre o modelo americano, é a unidade. No Brasil, todos os advogados são regidos por um só Código de Ética, e representados e creditados por uma só instituição com caráter nacional. Essa forma de organização é extremamente propícia para que se aplique e fiscalize a prática da publicidade. Nos EUA, é praticamente impossível fazer tal rastreio, e esse é outro motivo, além dos já expostos anteriormente, para uma legislação sobre publicidade tão branda.

Por ser figura constitucionalmente indispensável a justiça, os valores e princípios condizentes com a seriedade da posição da advocacia devem ser preservados, porém, além disso, observa-se que na prática cotidiana, a advocacia adquire um caráter mercantil/empresarial, por ser uma profissão que também almeja desenvolvimento financeiro de seus praticantes e escritórios, que mais funcionam hoje como verdadeiras empresas.

O caminho mais adequado, então, não seria apenas proibir de forma abrangente quase todos os veículos, formas e estratégias de publicidade em nome de uma suposta não mercantilização da advocacia, como acontece atualmente. Mas permitir que haja uma maior liberdade na comunicação e publicidade com o público, redigindo balizas claras, precisas e efetivas, com regras condizentes com o decoro da profissão, evitando desse modo a banalização e consequentemente mercantilização, e também estabelecendo fiscalização mais efetiva e punições proporcionalmente mais contundentes para os membros que cometerem infrações relativas ao assunto.

Nessa esteira, o modelo americano não se mostra ideal para que haja uma importação absoluta, mas é um exemplo interessante, cujos pontos positivos podem ser levados em consideração na ocorrência da construção de um regramento nacional mais atual e condizente com a advocacia do futuro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No presente trabalho foi inicialmente proposta uma comparação entre regramentos sobre publicidade para advogados no Brasil e nos Estados Unidos. Foi também colocado como objetivo analisar se o modelo americano poderia auxiliar a construção de um novo modelo brasileiro. O trabalho foi dividido em explicar o surgimento e o atual funcionamento das duas instituições responsáveis pela advocacia nos países, suas respectivas histórias e seus regimentos sobre publicidade e marketing na advocacia. Foram dados exemplos e em seguida, houve uma reflexão crítica sobre a possibilidade da importação de conceitos e práticas.

O estudo comparado das duas legislações ampliou o conhecimento sobre o assunto e fez surgir novas possibilidades de análise, como por exemplo, um estudo mais minucioso com os regramentos sobre publicidade das diversas *bar associations* estatais ou distritais.

A pesquisa feita na elaboração deste artigo chegou à conclusão que há sim alguns conceitos que podem ser importados das regras da ABA de forma individualizada e sob medida para a realidade nacional. Pode-se considerar que todos os objetivos propostos foram alcançados e que a metodologia escolhida foi suficiente para chegar a resultados satisfatórios na pesquisa.

Por fim, reputa-se a pertinência do tema tratado por conta da recente movimentação da OAB em realizar mudanças nas regras sobre publicidade na advocacia, fazendo com que o presente artigo seja utilizado como fonte de pesquisa e embasamento para formação de opinião de advogados, operadores do direito, estudante e todos os demais membros da sociedade interessados no assunto.

REFERÊNCIAS

ABA. **ABA Timeline.** Disponível em: https://www.americanbar.org/about_the_aba/timeline/. Acesso em: 03 dez. 2020.

ABA. **RESOLUTION - Revised 101: resolved, that the american bar association amends rules 7.1 through 7.5 and 2 comments of the aba model rules of professional conduct as follows.** 2018. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/2018-AM-Resolutions/101.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

ARAÚJO, Ana Carolina Amâncio de. **Da criação da Ordem dos Advogados do Brasil: uma abordagem histórica.** 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/19112/da-criacao-da-ordem-dos-advogados-do-brasil. Acesso em: 15 nov. 2020.

BALLOTPEDIA, **The. American Bar Association**. Disponível em: https://ballotpedia.org/American_Bar_Association. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 28 nov. 2020

EDUQC OAB. **Infrações e sanções disciplinares: quando um advogado pode ser punido: o que diz o novo código de ética e disciplina da oab em relação às sanções aos advogados**. 2016. Disponível em: https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/410919650/infracoes-e-sancoes-disciplinares-quando-um-advogado-pode-ser-punido#:~:text=S%C3%A3o%20consideradas%20infra%C3%A7%C3%B5es%20disciplinares%20pun%C3%ADveis%20com%20exclus%C3%A3o%3A,Ser%20autor%20de%20crime%20infamante.. Acesso em: 12 dez. 2020.

LAW, West'S Encyclopedia Of American**. American Bar Association**. 2020. Disponível em: https://www.encyclopedia.com/sports-and-everyday-life/social-organizations/private-organizations/american-bar-association#:~:text=The%20American%20Bar%20Association%20(ABA,professional%20organization%20in%20the%20world.. Acesso em: 04 dez. 2020.

LEGION, Lawyer. **American Bar Association (ABA).** Disponível em: https://www.lawyerlegion.com/associations/american-bar-association#membership-aba. Acesso em: 04 dez. 2020.

LIMA, Fernando. **O que é a OAB?** 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11498/o-que-e-a-oab#:~:text=A%20OAB%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20uma%20entidade%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Indireta%20da,jur%C3%ADdicas%20existentes%20no%20direito%20brasileiro.&text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20ordem%20de%20rela%C3%A7%C3%A3o,OAB%20e%20qualquer%20%C3%B3rg%C3%A3o%20p%. Acesso em: 15 nov. 2020.

OAB. **Provimento Nº 94/2000, de 05 de setembro de 2000.** Dispõe sobre a publicidade, a propaganda e a informação da advocacia. Sala das Sessões. Disponível em: https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000. Acesso em: 12 dez. 2020.

OAB. **Resolução nº 02/2015, de 04 de novembro de 2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.. Código de Ética e Disciplina. Brasília, DF, Disponível em: https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004085. Acesso em: 12 dez. 2020.

RÉQUIA, Marili. R**edes sociais e a urgente mudança nas regras de publicidade na advocacia.** 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/redes-sociais-e-a-urgente-mudanca-nas-regras-de-publicidade-na-advocacia/. Acesso em: 13 dez. 2020.

WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia. **Admission to the bar in the United States**. 2020. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Admission_to_the_bar_in_the_United_States#Bar_examination_requirement. Acesso em: 02 dez. 2020.

WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia,. **Bar association.** 2020. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Bar_association. Acesso em: 02 dez. 2020.

WIKIPEDIA, The Free Encyclopedia,. **Bar examination in the United States.** 2020. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Bar_examination_in_the_United_States. Acesso em: 02 dez. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

JUIZ DAS GARANTIAS: O RESGATE DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

DIEGO RIMISCK DE OLIVEIRA: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa demonstrar a importância do Juiz das Garantias para a manutenção da imparcialidade no processo penal. Nesse sentido, fez-se menção à historicidade dos sistemas processuais para que se demonstre a dicotomia entre sistema inquisitório e sistema acusatório, a partir dos poderes atribuídos aos juízes ao longo da história. Adiante haverá análise da "Teoria da Dissonância Cognitiva e da necessidade da exclusão física do inquérito policial dos autos do processo de conhecimento, cuja finalidade é assegurar os direitos fundamentais e garantias individuais dos réus. Por fim, a figura Juiz das Garantias será conceituada, caracterizada, classificada quanto a importância, competência, limitação de poderes e prevenção. Esclarece-se que, o presente estudo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, sob o método indutivo e a técnica utilizada para estabelecer a problemática e a respectiva conclusão foi o método histórico e comparativo, pois, assim, foi possível estabelecer a evolução dos sistemas processuais penais desde o período greco-romano até os dias atuais e, assim, evidenciar a importância da imparcialidade do juiz nos julgamentos para que haja garantia de segurança jurídica aos réus no processo penal, sob a óptica da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Processo penal, sistemas penais, accusatio, cognitio, extra-ordinem, acusatório, inquisitório, misto, imparcialidade, dissonância cognitiva, juiz-das-garantias.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SISTEMAS PROCESSUAIS NO TEMPO E INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA. 2.1 História dos sistemas processuais. 2.2 A instrumentalidade constitucional garantida pelo devido processo legal. 2.3 Sistema acusatório. 2.4 Sistema Inquisitório. 2.5 Sistema processual misto. 3 IMPARCIALIDADE: O PRINCÍPIO SUPREMO DO PROCESSO PENAL. 4 INFLUÊNCIA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA NO PROCESSO PENAL. 4.1. A Teoria da Dissonância Cognitiva. 4.2. Reflexos da Teoria da Dissonância Cognitiva nos julgamentos. 4.3. O Juiz

das Garantias – mantenedor da imparcialidade no processo penal. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em uma breve análise, os sistemas processuais penais e a imparcialidade do julgador, a partir do viés constitucional, enfatizam os direitos fundamentais do indivíduo; enaltecer a contribuição da "Teoria da Dissonância Cognitiva" para melhor embasar o entendimento sobre a imparcialidade como princípio supremo do processo penal para que se entenda que é indispensável à preservação da justiça; e analisar a importância do Juiz das Garantias para que se possa resgatar a imparcialidade no âmbito da persecução penal.

Historicamente, um dos papeis do Juiz é atuar também na investigação preliminar (inquérito policial), seja de ofício ou por provocação do Ministério Público, determinando a produção de provas (156, I, CPP). Nesse diapasão, o mesmo magistrado que determina diligências no inquérito policial também prolatará a sentença, seja condenatória ou absolutória, vez que a prevenção, no Brasil, vale como critério da fixação da competência julgadora. Assim, resta evidente que, para o réu, quiçá para toda a sociedade, essa "exorbitância" da atividade judicante desemboca em violações de vários direitos fundamentais, pois um magistrado já contaminado pelas evidências colhidas na etapa administrativa não julgará a superveniente ação penal com a devida isenção atinente ao "Juiz Imparcial, previsto no art. 5º, XXXVII, da Carta Política brasileira".

Em 2009 tramitou no Senado Federal o Projeto de Lei nº 156/2009, da autoria do Senador José Sarney, que propunha a implementação do Juiz das Garantias – um Magistrado cuja função, em acordo com o art. 15 do supradito projeto de lei, é "exercer o controle da legalidade da investigação criminal e salvaguardar os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização do Poder Judiciário" [...]. Todavia, esse novo agente da investigação criminal esteve "engavetado" até o ano de 2019, quando ocorreu a retomada das discussões pelo Senador Cid Gomes (PDT/CE) ao propor o Projeto de Lei nº 4891. O Juiz das Garantias foi posteriormente fixado pela Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime – que alterou o Código de Processo Penal inserindo o artigo 3º-B. Entretanto, esse novo juízo ainda não foi definitivamente estabelecido porque existem acirradas discussões no meio político e jurídico acerca da constitucionalidade desta implementação, tanto que, tramitam no Supremo Tribunal Federal 04 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a inserção desse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

novo magistrado. Trata-se das ADI 6298, 6299, 62300 e 62305. Caso sejam julgadas improcedentes, o Juiz das Garantias atuará na fase investigativa e terá poderes para, dentre outros, receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto de prisão em flagrante para que faça o controle da legalidade; zelar pela observância dos direitos do preso; receber informações sobre a instauração de inquérito policial; decidir sobre requerimento de prisão provisória e cautelar; etc (Art. 3º-B, CPP).

Resta claro que o objeto deste estudo é a análise do papel a ser desempenhado pelo Juiz das Garantias. Contudo, não se olvida que este novo personagem pode ser considerado o responsável por reviver e fortalecer o princípio da imparcialidade no âmbito do processo penal, assim como será visto adiante. Levando em consideração o *modus operandi* desse novo magistrado, evidencia-se o seguinte quesito: É, de fato, possível que o Juiz das Garantias assegure a tão almejada imparcialidade no âmbito do Processo Penal?

A resposta para o questionamento em supra pode ser obtida através da compreensão (histórica) das imparcialidades subjetiva e objetiva, que serão oportunamente conceituadas, a partir das visões desses institutos pelos Tribunais de Direitos Humanos mundo a fora.

A imparcialidade deve ser vista como princípio supremo da jurisdição, um ponto de grande importância que merece sublime detalhamento. Entretanto, em uma análise preliminar, apresentar-se-á uma breve retrospectiva dos sistemas processuais penais inquisitório, acusatório e misto, demostrando as evoluções ideológicas acerca destes sistemas, sobrelevando, contudo, o sistema acusatório, pois este parece ser o que mais se adequa à instrumentalidade constitucional vigente, muito embora, sob a óptica de vários processualistas penais, a exemplo de Aury Celso Lima Lopes Jr., Salah Hassan Khaled Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner e Juliano de Oliveira Leonel, não seja este o modelo vigente no Brasil. É nesse ponto que se insere o Juiz das Garantias, que, como já foi aventado, terá a função de "exercer o controle da legalidade da investigação criminal e salvaguardar os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização do Poder Judiciário". Nesse sentido, a dissociação dos poderes de investigar (acusar) e de julgar, ainda centrados nas mãos de um único magistrado, parece ser fator de maior relevância para que haja a preservação da imparcialidade no processo penal e adequação ao sistema acusatório, de que trata o art. 3º-A, CPP.

Pelo exposto, verifica-se que o presente estudo merece relevância no cenário do processo penal brasileiro, tendo em vista, que com advento do Juiz das Garantias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

restará salvaguardada a eficácia dos direitos e garantias fundamentais dos acusados/réus, fixados na Carta Magna brasileira. Merece igual relevância para a comunidade acadêmica/jurídica brasileiras, pois a discussão nele contido contribui com o rompimento das barreiras do sistema inquisitório, situando o processo penal no modelo acusatório já vivenciado em outras nações, a exemplo da Itália. O presente estudo também é importante para a comunidade de alunos do Centro Universitário Santo Agostinho e igualmente para o curso de Direito da citada Instituição de Ensino Superior por se tratar de um tema que ainda não foi abordado naquele ambiente acadêmico e que pode vir a proporcionar melhor visibilidade à Faculdade e ao respectivo curso de Direito.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS NO TEMPO E INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA

2.1 História dos sistemas processuais

Num breve esboço histórico dos sistemas processuais hoje concebidos, ver-se-á que sua origem advém da Grécia antiga. Destarte, de forma resumida, percorrer-se-á os caminhos traçados ao longo da história por esses sistemas processuais até chegar aos dias atuais.

A mais expoente expressão do ordenamento jurídico grego é o sistema ateniense. Naquela civilização, os crimes eram classificados em "públicos" e "privados". Nos crimes públicos, qualquer cidadão tinha legitimidade representativa, enquanto que os crimes privados "pertenciam" apenas às partes litigantes: faz-se aqui uma alusão ao processo civil.

Dentre as quatro espécies de tribunais atenienses (Heliasta, Éfetas, Areópago e Assembleia do povo), o que mais se destacava, o Heliasta, situado na Heliéia – daí a nomenclatura – era composto por cidadãos honrados, com mais de trinta anos e seus julgamentos aconteciam em público, sob a luz do sol (RITTER, 2016).

> Heliéia - Era aqui que eram julgados a maioria dos processos. E, tal como nos assuntos políticos, o povo ateniense era soberano em matéria judiciária. Assim, anualmente, os arcontes sorteavam seis mil jurados de entre todos os cidadãos com mais de 30 anos. Depois escolhidos, os heliastas (nome que tinham os membros da Heliéia), prestavam juramento. Após este juramento, os seis mil jurados eram divididos em dez secções de quinhentos membros cada, ficando os restantes mil como suplentes. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> número de heliastas convocado para cada julgamento era determinado pelo magistrado que efetuava a instrução do processo e escolhido mediante a importância da causa em julgamento. Aos heliastas era-lhes paga uma indemnização diária, relativamente elevada, o que levava a que a função de jurado se tenha tornado um meio de vida para os Atenienses pobres. Esta situação foi ridicularizada por Aristófanes, na comédia As Vespas. (POMBO, 2009)

Neste diapasão, o processo ateniense foi o que destacou os elementos fundantes do sistema acusatório, vez que havia, de fato, a paridade de armas e a igualdade de oportunidades entre acusador e acusado, publicidade, oralidade, valoração da prova, entre outras. Naquele sistema democrático as ações do juiz não se davam por sua própria iniciativa, restando os atos investigativos apenas às partes. Destarte, o juiz não podia determinar produção das provas que melhor lhe conviessem para a melhor solução do crime. Assim, consubstanciava-se um modelo lastreado na argumentação e na produção da verdade (RITTER, 2016).

Em outro lugar da civilização antiga, em Roma, existiram diversos sistemas de organização política que se formaram no decorrer da história: Monarquia, República e Império. Surgiram na fase republicana de Roma dois sistemas processuais: *cognitio*, *accusatio* e na fase do Império instaurou-se o sistema processual denominado *cognitio extra ordinem*.

No modelo da *cognitio* os poderes de investigar, acusar e julgar estavam concentrados nas mãos de um único magistrado (LOPES Jr., 2019). Esse sistema passou a não mais satisfazer a persecução criminal de forma efetiva, dando lugar à *accusatio*, no fim do período da Alta República. A *accusatio*, foi um sistema procedimental em que o magistrado já não detinha unicidade dos poderes, restando patente a separação das funções de acusar e julgar, dividindo-as em personas distintas. Quando esse modelo passou a não mais ser compatível com a forma política, tendo em vista que o poder estava nas mãos do imperador, o modelo de jurisdição também sofreu mudanças (retrocesso), pois foi afastada a noção de soberania popular (RITTER, 2016).

Nesse contexto, surgiu a *cognitio extra ordinem*. No (não tão) novo sistema a investigação era conduzida por agentes estatais e, efetuadas as devidas investigações, estas eram apresentadas ao magistrado. Entretanto, essa forma de procedimento durou pouco tempo e, assim, o magistrado recebera novamente os poderes para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

interferir em todas as fases do processo, acumulando as funções de acusar, defender e julgar, suprimindo a imparcialidade. Assim, o impulso do processo pelo juiz, da investigação ao julgamento, tornou-se regra (RITTER, 2016).

Eis que surgia o sistema inquisitório apregoado pela Igreja Católica, pois esta foi a única instituição que se manteve fiel aos dogmas do Império Romano, mesmo após sua derrocada e posterior domínio germânico (RITTER, 2016).

Esse sistema procedimental perdurou até o fim da Alta Idade Média, quando os senhores feudais se insurgiram contra os poderes do Rei, buscando maior participação na vida política da Europa do Séc. XV. Não obstante, no período de dominação da Igreja Católica, os juízes nomeados pelo Clero receberam poderes para julgar todos que contrariassem a fé cristã, instituindo o direito penal canônico, que substituiu a estrutura acusatória pela inquisitória.

A jurisdição eclesiástica considerava a prática de crimes um empecilho para a salvação da alma e, assim, o Clero passou a empreender uma verdadeira "caça às bruxas", ordenando a captura dos comitentes de crimes, por menor potencial lesivo que causassem, sem ao menos propiciar-lhes o justo julgamento. Outrossim, esse modelo jurisdicional admitia as penas aflitivas e até as capitais como forma de se obter a verdade (mas qual verdade?). A reestruturação do modelo jurisdicional penal da *cognitio* extinguiu a imparcialidade dos julgamentos percebida na *accusatio*.

Neste vértice, o juiz inquisidor atuava como parte e era detentor dos poderes de acusar, julgar e defender. Assim, toda a gestão das provas necessárias ao seu convencimento estava concentrada em suas próprias mãos. Não obstante, naquele modelo processual o elemento probatório mais robusto era a confissão, que poderia ser obtida através de tortura, ordálias ou outros meios insidiosos.

> Em 1231, o Papa Gregório IX reivindicou a tarefa de perseguição aos cátaros ordenada pelo Imperador Frederico II, instituindo, sob o cuidado da ordem dos Dominicanos, o Tribunal da Inquisição, que se consolidou com a Bula Ex Excomuniamus. Duas décadas depois, no ano de 1252, com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, a tortura foi institucionalizada como meio de prova e restou estruturado o sistema inquisitorial que passou a vigorar (RITTER, 2016, p. 26 e 27).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O início do declínio desse sistema inquisitório coincidiu com o Iluminismo, que foi um movimento intelectual no qual o antropocentrismo era a principal característica. Posteriormente, após séculos de opressão e tirania, surgiram os ideais de libertação que deram origem à Revolução Francesa de 1789, a partir da qual o modelo jurisdicional passou por uma importante transformação, dando origem a um sistema misto, insculpido no *Code d'Instructions Criminalle*, que dividiu o processo penal em duas fases: a primeira remetia à instrução processual (investigação) para depois submetê-lo à apreciação judicial. A fase investigativa era secreta e dispunha de juiz-instrutor para conduzi-la. A segunda fase do processo era pública e garantia às partes o direito aos debates. Eis que esse sistema processual percebido na França do final do Séc. XVIII recebeu a alcunha de "sistema misto", pois reunia características dos dois sistemas (LOPES Jr., 2019).

2.2 A instrumentalidade constitucional garantida pelo devido processo legal.

Na carta constitucional de 1988, mais precisamente no art. 5º, LIV, LV e LVII, estão consagradas as garantias fundamentais que merecem o maior destaque, quando falamos do principal pilar da democracia brasileira: a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, principalmente no processo penal, todas essas garantias dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil precisam ser respeitadas no decorrer do aludido procedimento para que se mantenha hígido o pilar-mor da ordenação brasileira – a dignidade da pessoa humana – mencionado anteriormente. À segurança oferecida aos jurisdicionados através dos dispositivos constitucionais supracitados dá-se o nome de "instrumentalidade constitucional". Nesse sentido:

"A uma Constituição Autoritária vai corresponder um processo penal autoritário (fascista) e a uma Constituição democrática corresponderá um processo penal democrático" (LOPES Jr, 2019)

Não é difícil entender que a observância das garantias constitucionais deve nortear o processo penal, vez que este é o meio utilizado pelo julgador para alcançar a verdade ou, ao menos, aproximar-se ao máximo dela. Desse modo, para que não haja excessos, todos os elementos do devido processo legal devem se fazer presentes desde a petição inicial criminal até a prolação da respectiva sentença, seja condenatória ou absolutória. Afinal, nessa democracia a liberdade é a regra e também um dos bens jurídicos mais importantes garantidos à pessoa humana, de tal forma, que apenas o poder estatal poderá limitá-la, porém, somente após estritamente as regras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, 2017, em acertada dicção, afirmou que "O devido processo legal cresce em importância no âmbito penal, porque nele se coloca em jogo a liberdade que, depois da vida, é o bem mais precioso das pessoas".

Acerca do que deve ser entendido por instrumentalidade, temos que "Em suma, nossa noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário" (LOPES Jr. e GLOECKNER, 2014)

Nesta toada, verifica-se, na instrução dos autores, que o processo penal, como instrumento de persecução, só terá plena eficácia se as garantias individuais e direitos fundamentais estiverem devidamente assegurados.

Os Direitos Fundamentais devem ser atrelados também ao código de processo penal para a proteção do indivíduo contra os excessos do Estado, sendo-lhe assegurada igual força para se defender. Não à toa, e para o fortalecimento da parte passiva do processo penal, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu que são assegurados os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. Além desses, mas não menos importante para a proposta deste estudo, o livro constitucional também assegura que "ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente". Trata-se da aplicação do princípio do "Juiz Natural", do qual se extrai a suma importância da instrumentalidade procedimental para que sejam assegurados todos os direitos fundamentais e garantias individuais a quem é submetido à tutela jurisdicional. Então temos:

> O sistema garantista está sustentado por seis princípios básicos, sobre os quais deve ser erguido o processo penal:
>
> 1º Jurisdicionalidade - Nulla poena, nulla culpa sine iudicio: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei (LOPES Jr., 2012)

Em outro ângulo, no processo penal deve prevalecer a Presunção de Inocência elencada no artigo 5°, LVII da Carta Política de 1988, que menciona: "ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Texto

também presente também na Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, todos devem ser considerados inocentes, até que uma futura sentença prove o contrário. (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana deve ser sempre enaltecida na seara processual penal, pois a condição de ser humano é uma característica inerente a todos os indivíduos, sem nenhuma distinção. Nesse viés é que se busca englobar todas as prerrogativas daquela pessoa que está submetida a um processo.

Por isso, há necessidade de lastrear a persecução penal com essas garantias, que se efetivam através do Estado de Direito:

> Essa face protetiva e que trata de tentar equilibrar a balança compõe o cenário no qual se desenvolve o processo penal no Estado de Direito. Daí decorre a necessidade não apenas da existência formal do processo, mas de um processo substancialmente arvorado em preceitos protetivos, capazes de tentar reduzir ao máximo possível o nível de arbitrariedade da seleção do material humano (LOPES Jr., e GLOECKNER, 2014).

Por conseguinte, deve haver tutela de todas as proteções individuais no processo penal em congruência com o Estado Democrático de Direito, para que não ocorra nenhum vilipêndio no transcurso do procedimento persecutório, sob pena de violação do livro que rege a harmonia social neste país – a Constituição Federal de 1988.

2.3 Sistema acusatório

No presente estudo já foi apresentada uma breve síntese da história dos sistemas processuais. Fruto do período da *accusatio*, o sistema acusatório consistiu em um modelo em que o juiz não era titular de todas as ações inerentes à persecução penal. A *accusatio* era a manifestação popular de justiça, na qual um "cidadão do povo" assumia a posição de acusador. Nesse sistema não se procedia contra pessoa ausente e a denunciação caluniosa era punida com multas, torturas e ordálias (RITTER, 2016). Assim como já se expôs, na *accusatio* predominava um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz não detinha amplos poderes, restando a ele apenas a função de julgar. Com efeito, resta patente a percepção de imparcialidade, que clareia a noção de julgamento justo e isento.

Na atualidade, o processo penal acusatório apresenta as seguintes características:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes decorrência lógica da distinção entre as atividades; c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes igualdade de oportunidades no processo; e) procedimento é em regra oral ou predominantemente; f) plena publicidade de todo o procedimento ou de sua maior parte; g) contraditório e possibilidade de resistência defesa; h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica e social da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES Jr, 2019. n.p).

Evidenciadas as características do sistema acusatório, não restam dúvidas de que é este o que melhor se adequa ao modelo constitucional vigente, pois é sob estes aspectos que se oportuniza o tratamento igualitário às partes (RITTER, 2016).

Muito embora esse almejado sistema um dia venha prevalecer, colidirá, inevitavelmente com algumas barreiras – diríamos naturais – pois não são impostas pelos atores do processo, a exemplo das custas processuais ou mesmo dos honorários de um bom advogado (LOPES Jr., 2019. n.p). Assim, restarão abaladas a paridade de armas, o contraditório, o devido processo legal, e a imparcialidade, mais visíveis em um modelo acusatório do processo penal, assim como tentou-se demonstrar até aqui.

2.4 Sistema Inquisitório

Vimos, neste estudo, que os sistemas processuais passaram por várias mudanças e se amoldaram ao cenário político de cada época, com avanços e retrocessos, até serem presenciados nos dias atuais.

Vimos também que são três as percepções do processo penal ao longo da história: *cognitio*, *accusatio* e *cognitio extra ordinem*, que apresentavam, respectivamente, traços dos sistemas inquisitório, acusatório e misto (?). O ponto fulcral da diferença entre esses sistemas é a gestão da prova, como vimos, pois, quando ela é posta nas mãos do juiz o processo penal é inquisitório, mas quando a gestão das provas é entregue às partes o processo penal é acusatório e proporciona a legítima igualdade entre acusador e acusado, estando o magistrado na posição de expectador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A partir daqui, buscar-se-á enfatizar sistema inquisitório para que se entenda que este não é o que mais se adequa ao senso de justiça sob a óptica do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a noção de inquisição decorre do período em que a Igreja Católica empreendeu a retromencionada, "caça-às-bruxas". Nesse contexto:

> A Inquisição é um grupo de instituições dentro do sistema jurídico da Igreja Católica Romana cujo objetivo é combater a heresia. Começou no século XII na França para combater a propagação do sectarismo religioso, em particular, em relação aos cátaros e valdenses. Entre os outros grupos que foram investigados mais tarde encontram-se os fraticellis, os hussitas (seguidores de Jan Hus) e as beguinas. A partir da década de 1250, os inquisidores eram geralmente escolhidos entre os membros da Ordem Dominicana para substituir a prática anterior de utilizar o clero local como juízes. O termo Inquisição Medieval cobre os tribunais ao longo do século XIV (WIKIPEDIA, 2020).

No sistema inquisitorial, o magistrado interfere em todo o decorrer do processo, determinando quais as provas que lhe servirão para o bel convencimento, seja para condenar ou para absolver. Nesse sentido, percebe-se que um traço marcante desse sistema é o autoritarismo, que pode ser comparado ao nazifascismo (LOPES Jr., 2019, n.p).

Nesse passo, no aludido sistema jurisdicional penal o juiz acumula as funções de acusar, provar e julgar, manifestando a excelência da parcialidade em sua atividade judicante, pois, o que desejar fazer, fará. Na investigação preliminar, em que também interfere, se o magistrado – futuro instrutor processual – envereda o a produção das provas com a intenção de condenar, no processo conhecimento ele certamente condenará o réu, sem ao menos propiciar-lhe os meios adequados para manifestar a sua defesa. Neste aspecto, "ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão a noção de parte não tem nenhum sentido" (COUTINHO, 2001 *apud* LOPES Jr., 2019).

No sistema processual da inquisição a confissão era a "rainha das provas", sendo ela suficiente para a condenação; os acusados eram torturados por quinze dias e se resistissem ao período da tortura, eram "liberados", mas ainda ficavam sob a espreita da inquisição, pois não eram considerados inocentes, nesse caso, apenas não se provava nada contra eles; não existia a ideia de coisa julgada (LOPES Jr., 2019). Diante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

do exposto, notável é a insegurança jurídica que predominava naquele período. Não obstante, vez que vigorou durante a Idade Média, a inquisição era mais um traço característico da "idade das trevas".

Com efeito, Lopes JR. (2019, n.p) nos diz que

> O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (...) O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.

A história nos conta que esse sistema inquisitório perdurou até a Revolução Francesa de 1789, quando, paulatinamente, deu lugar ao que se conhece até hoje como "sistema misto", que, como vimos, porta características dos outros dois sistemas (LOPES Jr., 2019).

2.5 Sistema processual misto.

Seguindo a evolução dos sistemas processuais, deparamo-nos com o que se conhece, até os nossos dias, como sistema misto, que, conforme exposição anterior, demonstra características do sistema inquisitório e do sistema acusatório, "consagrado na França, no Código de Instrução Criminal de 1808" (RITTER, 2016 p.34). Nesta linha de raciocínio impera relembrar que o sistema acusatório vigorou até o século XII, época em que esse sistema passou a ser insuficiente para o modelo político, passando o Juiz a receber críticas sobre a gestão da prova, vez que a sua inércia se demonstrava precária e prejudicial, pois a atividade probatória era destinada às partes, fazendo com que o julgador decidisse com base no material probatório incompleto e defeituoso (Lopes Jr., 2019). Destarte, o sistema inquisitivo ganhou mais espaço em decorrência da inatividade das partes na produção das provas, fazendo com que o Estado assumisse a gestão da prova.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É verdade que a gestão da prova é núcleo fundante dos sistemas processuais. Este é o elemento que possibilita distinguir o sistema acusatório do inquisitório, assim como esclarece Coutinho (2015, n.p):

> A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente[44], sendo que "a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'acusação' –, dado o seu domínio único e omnipotente do processo em qualquer das suas fases."[45] Como refere Foucault, com razão, "ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado."[46][...]
>
> A par da gestão da prova não estar nas mãos dos juízes, mas ser confiada às partes - aqui existentes na sua concepção mais radical –, outras características dão ao sistema acusatório uma visão distinta daquele inquisitorial. Deste modo, com Barreiros[70], é possível referir que o órgão julgador é uma Assembleia ou jurados populares (Júri); que há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação de investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida.

Importa salientar que o termo “sistema”, remete a uma estrutura orientada pelo princípio informador e unificador, com foco na sua finalidade, ou seja, a reconstrução de um fato pretérito, assim é possível situar a gestão da prova no núcleo fundante dos sistemas processuais, fato que possibilita identifica-los com mais visibilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Impende dizer que, no sistema acusatório, a gestão da prova aponta o princípio dispositivo, também conhecido como princípio da demanda (RITTER, 2016), como o núcleo estruturante, notadamente sendo a produção das provas uma atribuição das partes, cabendo ao juiz a função de mero expectador. A outro tanto, no sistema inquisitivo essa produção de provas também pertence ao magistrado, que pode agir também de oficio, inclusive na fase da investigação preliminar, fato que é duramente criticado pelos doutrinadores da atualidade. Neste ponto, enfatiza Lopes Jr. (2019):

> O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa "postura ativa" por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal "verdade real", esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e "juizados de instrução" etc.

Sob este prisma, pode-se concluir sumariamente que é inviável conceber o aludido sistema misto, vez que a lei (CPP), permitindo que o juiz determine a produção antecipada das provas na fase do inquérito policial (que poderão ou não ser utilizadas na fase de instrução processual), o processo penal estará automaticamente mergulhado no perigoso sistema inquisitório. Coutinho (2015, p.6) alerta para o seguinte:

> O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele. Visitá-los, ainda que brevemente, é tarefa imprescindível,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> para se verificar suas estruturas e, a partir daí, situar o papel que desempenha no atuar dos operadores jurídicos e, mais particularmente, dos juízes no processo penal.

Com efeito, a ideia de um sistema processual misto se mostra, de fato, inviável por não comportar um princípio unificador. Este elemento deve funcionar como alicerce para a percepção de um sistema puro e, vez que o sistema misto contém características do sistema acusatório e do sistema inquisitório, não se pode pensar nele como um terceiro sistema.

Não obstante, o presente estudo mostra que o sistema acusatório parece ser o que melhor se adequa à instrumentalidade constitucional, desenhada sobre os direitos fundamentais e as garantias individuais, mas precisamente quando se fala em ampla defesa, contraditório, devido processo legal, presunção de inocência, juiz natural, etc. Por outro lado, o sistema inquisitorial contém elementos nazifascistas, no qual o juiz é o principal ator do processo, dotado de todos os poderes: o de investigar, produzir provas, acusar e julgar. O julgamento embasado nas provas colhidas sob os critérios do juiz faz dele uma terceira parte onipotente no processo penal, daí impende dizer que nesse sistema não existe imparcialidade.

Neste ponto faz-se referência ao artigo 156, I do Código do Processo Penal (CPP), que delega atividades de investigação ao juiz que também será responsável pela instrução processual, permitindo que, de ofício, ele interfira na fase não processual, na qual não cabe alegar o contraditório. Assim, corrobora Ritter, 2016, p.45:

> Por mais "monstruoso" que possa ser, é este o sistema adotado pelo direito processual brasileiro, em que a investigação preliminar se dá por meio de inquérito policial, conduzida pelo delegado de polícia de forma secreta, escrita, com ausência de contraditório e ampla defesa, na busca da confirmação da "verdade do delito" que lhe foi noticiado.

O processo penal brasileiro é colocado no baluarte do mítico sistema misto (LOPES Jr., 2019) porque a persecução penal é dividida em duas fases: a da investigação, que, em tese, se desenha sobre o modelo acusatório; e, após, a fase da apreciação do poder judiciário. Nestes termos seria possível pensar em um sistema misto, pois, como se pôde perceber, não houve nenhuma menção à atividade do juiz na fase da investigação preliminar. Entretanto, não se pode olvidar que o dispositivo do diploma processual penal em debate permite que o juiz atue também na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

investigação. Destarte, abandonadas as características do modelo acusatório, não é possível estabelecer o processo penal brasileiro no sistema misto, quiçá, no acusatório, apesar de o recém-inserido artigo 3º-A, CPP dispor que "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". (BRASIL, 2019. Código de Processo Penal).

Após a explicação sobre a falsa percepção sobre o sistema misto que, supostamente, envolve o processo penal brasileiro, podemos validar a inconstitucionalidade do at.156 do CPP, vez que fere o princípio do Juiz Imparcial, fixado no art. 5º, XXXVII da Constituição Federal. Vale informar que o artigo 3º-A do Código de Processo Penal revogou tacitamente o artigo 156, I do mesmo diploma processual.

3 IMPARCIALIDADE: O PRINCÍPIO SUPREMO DO PROCESSO PENAL

De uma forma muito clara, o diploma processual informa que o processo penal terá estrutura acusatória. Destarte, como vem sendo exposto no decorrer do presente estudo, o modelo acusatório não aceita que o magistrado detenha todos os poderes na persecução penal e, contudo, pugna pela dissociação das atividades de acusar e julgar (resumidamente). Isto porque o aludido modelo processual visa, dentre outros, à preservação da imparcialidade do julgador perante os litigantes. Assim, doravante, passar-se-á à explicação deste elemento como um norte a ser seguido para que se perceba, ainda que timidamente, o senso de justiça quando se fala do "jogo" de estratégias.

"O termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a imparcialidade do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *impartial* substitui a autonomia das partes" (GOLDSCHIMIDT, *apud* LOPES Jr., 2018).

A Imparcialidade é o princípio supremo do processo (ARAGONENES, 1997, *apud* POZZEBON, 2007 p. 167). Ainda, a imparcialidade, que em 1950 recebeu da Convenção Europeia de Direitos Humanos o status de direito protegido (POZZEBON, 2007), corresponde a um dos pressupostos de validade do processo penal, fato que permite concluir que parcialidade de um juiz, ao conduzir um processo penal, revestirá o procedimento com nulidades formais e materiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A jurisdição não existe se não for imparcial". Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade, não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionariedade e não o seu acidente (Zaffaroni, 1995, p.86 apud Pozzebom, 2007, p. 167).

Partindo desses entendimentos, veremos que, em termos doutrinários, existem duas espécies de imparcialidade: a imparcialidade subjetiva e a imparcialidade objetiva.

A primeira espécie citada remete à convicção do juiz quanto o receio de julgar por meio de uma preconcepção dos fatos, enquanto que a imparcialidade objetiva permite ao magistrado a certeza de que está julgando de maneira acertada, sem pôr em detrimento o direito de qualquer das partes do processo (RITTER, 2016).

O julgador, por óbvio, deve ser imparcial, conforme o exposto até aqui, pois é seu dever *ex ofício*, ou seja, inerente à atividade judicante que exerce. Com igual sorte, sabe-se que um lampejo de parcialidade pode causar desconfiança na sociedade ou mesmo no meio judicial em que o magistrado está inserido. Dessa forma, o juiz não deve apenas ser imparcial, mas deve também transparecer que o é, causando boas impressões sobre o desempenho do seu papel jurisdicional em toda a comunidade (RITTER, 2016). E também, "a possibilidade de parcialidade judicial é vista assim, como degeneradora da própria prestação jurisdicional" (POZZEBON, 2007 P. 169).

Entretanto, ser imparcial não significa ser neutro. Aliás, historicamente, a neutralidade do juiz consistiu em uma das falhas do sistema acusatório e contribuiu, como já vimos, para o declínio daquele sistema. O fato de o juiz figurar no processo penal como mero expectador, na *accusatio*, causou o declínio do próprio sistema acusatório.

É importante destacar que a crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição das imparcialidades), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios e revelou-se (por meio da inquisição) um gravíssimo erro (LOPES Jr., 2019).

De qualquer sorte, a ideia de imparcialidade também pode ser atribuída pelo viés das garantias conferidas aos juízes pela constituição: vitaliciedade, inamovibilidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

irredutibilidade de subsídios. Essas garantias evitam que agentes dos outros dois poderes estatais interfiram nos julgamentos (RITTER, 2016). Conclui-se, contudo, que a imparcialidade pela qual o julgador deve primar durante o processo penal reside em sua própria consciência, que deve condiciona-lo a não subverter os direitos fundamentais e as garantias individuais.

4 INFLUÊNCIA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA NO PROCESSO PENAL

4.1 A Teoria da Dissonância Cognitiva

Leon Festinger (1919 – 1989) foi um psicólogo norte americano que ganhou fama através de sua Teoria da Dissonância Cognitiva, conhecida em 1957, quando publicou sua obra "*A Theory of Cognitive Dissonance*", que tratava, em regra, das inquietações naturais dos seres humanos ao se depararem com suas incoerências cognitivas involuntárias e a consequente busca pelo retorno à coerência. De acordo com esta teoria, os sujeitos empreendem uma busca incansável por respaldo naquilo que acreditam ser certo, a partir do seu próprio ponto de vista, efetuando uma busca seletiva das informações cognoscentes. Este processo, redutor das dissonâncias, foi intitulado "efeito inércia ou efeito perseverança" por Bernd Shünemann (RITTER, 2016). É certo que as pessoas, naturalmente, tendem a se convencer com aquilo que é compatível com a sua cognição (consonância). Por outro lado, menosprezam, inconscientemente, os elementos que não agregam valor à sua ideia de "correto", mesmo que não esteja, de fato, correto. Tal convencimento leva o indivíduo à tomada de decisões, claro, enveredando pelo que considera racional e condicente com as suas próprias convicções. Um exemplo das considerações postas é a dúvida que, comumente se abate sobre as pessoas ao escolher um veículo para comprar. Nesse aspecto, quando o comprador escolhe um veículo, ele automaticamente descarta os demais, acreditando que escolheu a opção correta. Entretanto, após a compra, este mesmo indivíduo questiona se teria feito melhor escolha optando por outro veículo (RITTER, 2016 p. 100). Contudo, após sanear essa dúvida, o indivíduo passa a valorizar a sua escolha e pormenorizar aquilo que não escolheu, convencendo-se, por definitivo, de que agiu corretamente perante a decisão tomada. De acordo com Ritter (2016, p.102) "Portanto, depois de ser tomada uma decisão, há uma tendência para passar a gostar mais daquilo que se escolheu e a gostar menos do que não se escolheu".

4.2 Reflexos da Teoria da Dissonância Cognitiva nos julgamentos

À vista disso, cumpre esclarecer que a associação da Teoria da Dissonância Cognitiva, de Festinger, burilada por Martin Irle (1927-2013), foi apresentada pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Filósofo do Direito Bernd Schünemann. O citado jurista questionava, com base na supracitada teoria, se a leitura do inquérito policial influenciava a cognição do magistrado que instruiria o processo penal no caso concreto.

> O que questiona Schünemann, portanto, lastreado em tal teoria, é se a leitura dos autos da investigação preliminar (inquérito policial) não acaba fixando uma imagem unilateral e tendenciosa do fato na psique do juiz, capaz de lhe vendar para outras possibilidades, visto que apegado a esta, buscará comprová-la no processo, comprometendo definitivamente sua imparcialidade (Ritter, 2016).

Após quatro etapas de averiguação, com a participação de 58 juízes, Schünemman concluiu que o inquérito influencia, de fato, a decisão do juiz. Verificou-se que havia mais condenações quando os juízes conheciam o teor da investigação preliminar, na qual, relembrando, não é permitido invocar o direito ao contraditório, lido no art. 5º, LV, CF88. Assim, inexoravelmente, a leitura dos autos do inquérito policial compromete a imparcialidade do juiz no processo penal (RITTER, 2016).

Com efeito, o modelo de persecução penal adotado, ainda hoje, no Brasil, confere ao magistrado a faculdade de atuar tanto na investigação preliminar, sob o advento do fascista artigo 156, I, CPP quanto na instrução processual. Desta feita, o jargão "a primeira impressão é a que fica" – o que, tecnicamente é intitulado "efeito primazia" – ilustra perfeitamente a concepção de (im)parcialidade que se tem sobre a atuação do juiz na persecução penal e, muito embora, o art. 3º-A, CPP, inserido nesse diploma legal pela lei ordinária nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime – nos induza a crer que o processo penal apresenta estrutura acusatória, ainda não é possível atestar sua veracidade, pois a possibilidade conferida pelo "dispositivo fascista", o macula. Cabe realçar a importância da exclusão física do inquérito policial dos autos do processo penal, vez que consiste numa tarefa fundamental para que o julgador não seja influenciado pelo que constatou na fase da investigação preliminar.

> É de se supor – afirma Schünemann – que 'tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes (LOPES Jr., 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, consta respondida parte da problemática contida no presente estudo, pois, a partir da constatação sobre os elementos trazidos à baila – efeito inércia ou perseverança e efeito primazia – com a leitura da Teoria da Dissonância Cognitiva e conclusão sobre a "contaminação" da atividade judicante no processo penal pela leitura do inquérito policial, resta demonstrado que sua exclusão é primordial para a manutenção da imparcialidade do juiz da instrução processual.

4.3 O Juiz das Garantias – mantenedor da imparcialidade no processo penal

Com perspicácia, neste estudo foi demonstrado que a imparcialidade – princípio supremo da jurisdição – é fundamental para que se faça justiça no decurso de um processo penal. Explicou-se que o juiz, além de carregar o dever de ser imparcial em seus julgamentos para que siga em paz com sua consciência (imparcialidade subjetiva), também deve demonstrar ser imparcial para que não gere desconfiança na comunidade em que é inserido (imparcialidade objetiva).

Após, vimos que em 1957 foi desenvolvida a Teoria da Dissonância Cognitiva e que, mais tarde, ela foi aplicada ao processo penal pelo jus filósofo alemão Bernd Schünemann, que, por seu turno, comprovou cientificamente que o efeito inércia ou perseverança (a crença em preconcepções e a negação de novas concepções para satisfazer a "paz espiritual") e o efeito primazia (concepção sobre algo, que se forma com o primeiro contato) influenciam um juiz e comprometem a imparcialidade em seus julgamentos. Neste ponto, referimos a crítica de Schünemann ao contato do juiz de instrução com os autos da investigação. Em suas pesquisas, o citado jurista confirmou que, havido o aludido contato, os magistrados condenaram mais do que absolveram.

Em vista disso, cabe o retorno ao problema de pesquisa deste estudo: Em que medida o juiz das garantias e a exclusão física do inquérito policial são necessários para a preservação da imparcialidade do juiz, a partir da teoria da dissonância cognitiva?

Enfim, é chegada a hora de discorrer sobre o elemento-chave do presente estudo: o Juiz das Garantias. Este é o novo personagem da persecução penal, que recebe(rá) poderes para conduzir ao lado do Ministério Público as investigações preliminares.

O Juiz das Garantias foi inserido no contexto do código de processo penal pela lei ordinária nº 13.964/19, apelidada de lei anticrime ou pacote anticrime. A antedita lei incluiu o art. 3º-B no CPP, que assim dispõe:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo § 1º (VETADO). § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Esse novo magistrado, que atuará conjuntamente com o Ministério Público nas investigações criminais de médio e alto potencial lesivo (penas superiores a dois anos de prisão), terá a missão de garantir a preservação dos direitos e garantias constitucionais do acusado, pois a sua inserção no âmbito do processo penal afastará das investigações o juiz da instrução processual. Como vimos, atualmente o juiz tem poderes para determinar a produção antecipada de provas, fato que se percebe com a leitura do art. 156, I, CPP. Destarte, essa atuação na fase do inquérito policial compromete sua imparcialidade, pois, manifesta-se aí o seu "interesse" na causa, que como já foi explicado, gera nulidades formais e materiais no procedimento.

Em outro vértice, restou demonstrado através da Teoria da Dissonância Cognitiva, que um magistrado, convencido de sua concepção adquirida após o conhecimento dos autos da investigação preliminar em que lhe ofereça oportunidade para a conclusão sobre o cometimento do ilícito, tende a condenar (efeito primazia). Neste ponto, é muito importante rememorar que o sujeito passivo de um inquérito policial não exerce o direito ao contraditório, pois a Constituição Federal prevê essa garantia apenas aos litigantes em processo (*stricto sensu*) penal ou administrativo. Assim, pode-se observar que a exclusão física do inquérito é necessária à manutenção da imparcialidade do julgador, porém, como observou Ritter, 2016, p. 165, o art. 12, CPP, permite concluir que, apesar de necessária, não haverá a exclusão física dos autos do inquérito.

> [...] extrai-se a conclusão de que não há no Código projetado qualquer inovação à atual sistemática, na qual o inquérito policial integra os autos do processo, tendo-se apenas ratificado a previsão do artigo 12 do CPP vigente, que dispõe que o expediente da investigação preliminar deve acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

À vista disso e de tudo que já se sabe sobre o modelo acusatório, não é possível afirmar que o processo penal brasileiro está inserido neste modelo, mesmo com a inserção do Juiz das Garantias e a consequente exclusão física dos autos do inquérito policial. Ao contrário, atesta-se, sobremaneira, a permanente inquisição processual.

5.CONCLUSÃO

Com efeito, para que haja a modernização do sistema processual penal brasileiro, deve-se considerar a importância do Juiz das Garantias como mantenedor da jurisdição (pois, sem imparcialidade ela não existe). Deflagrada a contaminação da cognição do julgador pelo contato com os autos do inquérito, reputa-se aconselhável o afastamento do juiz da instrução processual da fase pré-processual, em razão do devido processo legal garantido pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, as oposições doutrinárias aos poderes conferidos ao julgador culminam na separação das funções de acusar e julgar. Assim, o que se pretende com a instituição desse novo personagem é a materialização do modelo acusatório no processo penal brasileiro. O Juiz das Garantias propicia ao julgador de mérito a manutenção da imparcialidade, assim como uma maior autonomia para julgar.

> É simples o raciocínio. Havendo uma autoridade judiciária exclusivamente responsável pela fase pré-processual (juiz das garantias) há também a libertação do julgador do processo do passivo da investigação e do compromisso pessoal com decisões já tomadas naquele momento inicial. Ademais, não se lhe impõe que colabore com a identificação de fontes de prova ou que compartilhe da perspectiva dos órgãos de persecução penal, tudo à preservar a sua imparcialidade (RITTER, 2016 p. 152).

Após a abordagens presentes neste estudo, resta patente a importância do Juiz das Garantias como agente responsável pela fase pré-processual da persecução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1016 de 26/05/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

criminal e manutenção dos direitos individuais do acusado, pois já dizia Zaffaroni: "a imparcialidade do julgador é pressuposto de existência da jurisdição".

REFERÊNCIAS.

RITTER, Ruiz. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Programa de pós-graduação em ciências criminais, mestrado em ciências criminais**. Porto Alegre, 2016.

POMBO, Olga. As Instituições democráticas em Atenas. **Universidade de Lisboa**. Disponível em:<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/links/inst_dem.htm#:~:text=E%2C%20tal%20como%20nos%20assuntos,da%20Heli%C3%A9ia)%2C%20prestavam%20juramento.> Acesso em 07/05/2021

LOPES JR., Aury Celso L. **Fundamentos do processo penal. São Paulo: Saraiva, 2019.** Livro digital**.** Disponível em**:** https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:645997#/ acesso em 07/05/2021.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos. **Conjur, 2017**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido> Acesso em 07/05/2021.

ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do Processo Penal Romano e os seus Respectivos Procedimentos. **Revista CEJ,** Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 65-69, set./dez**. 2012**. Disponível em: <https://docplayer.com.br/19106025-Os-periodos-do-processo-penal-romano-e-seus-respectivos-procedimentos.html > Acesso em 07/05/2021.

GLOECKNER, R. J.; JR., A. L. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** 6ª. ed. **São Paulo: Saraiva, 2014**. Livro digital. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580978> Acesso em: 07/05/2021.

LOPES JR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**, 2012. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/34336792/AURY_LOPES_-_GARANTISMO_PENAL.pdf?1406877830=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DA_INSTRUMENTALIDADE_GARANTISTA_DO_PROCES.pdf&Expires=1593955694&Signature=WD1G0ElWjxGpg6wg0kyOXCtFQmz~YgCrPt6Y3DetBX5dz37pjxqd0PIB4aAmEOxoFYLLukaMqOmhBawICC7CzhkKIAnj7c0qE1b

TYbb9r3qCUtToYVEmhJM3NzoEseIn4X7SOHWMBhDf2I01yXhlTDEuCI4GWJIo2Hhx2z9mx9wiXFAZNG-0uFTZte5f1BL-1dEPkUpCCDYQxlMYXqD5JO9j~S8KwnQ68CV8hcISfcKHMPoYNzHZVGNQzAXPlXJzQHZ7I3blsvvIJ0tV71CmgaQl~ik6ZJk2YPV0bjfQ8FydGDLuY7MSCR~BtQTAUMu605FOivcS0k~7Iz3~kD9Adg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA> Acesso em 07/05/2021.

WIKIPEDIA. Inquisição. Última atualização em 27 de maio de 2020. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Inquisi%C3%A7%C3%A3o#:~:text=A%20Inquisi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20um%20grupo,rela%C3%A7%C3%A3o%20aos%20c%C3%A1taros%20e%20valdenses.> Acesso em: 07/05/2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito, 2015. Disponível em < https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em 07/05/2021

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro digital. Disponível em < https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:625211> Acesso em 07/05/2021.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal. brasileiro. Revista AJURIS. Rio Grande do Sul, 2007.